

Oppbudsplikten i aksjeloven § 3-5 og straffeloven § 284

Kandidatnummer: 610

Leveringsfrist: 25.4.13

Antall ord: 17 972



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Bakgrunn og hensyn	2
1.3	Avgrensning	2
1.4	Rettskilder	3
1.5	Innledende forklaringer	6
1.5.1	Kort om konkurs	6
1.5.2	Kort om selskapets ledelse	8
2	HANDLE- OG OPPBUDSPLIKT VED FOR LAV EGENKAPITAL.....	9
2.1	Forsvarlig egenkapital i asl § 3-4	9
2.1.1	Egenkapital	9
2.1.2	Forsvarlighetsbegrepet	10
2.2	Handleplikt og oppbudsplikt	12
2.2.1	Hva innebærer handleplikten i asl § 3-5?.....	12
2.2.2	Når inntretr handleplikten?.....	13
2.2.3	Hvem har handleplikt?	17
2.2.4	Hva om tiltak ikke kan gjennomføres?	28
2.2.5	Er plikten overholdt?	30
2.2.6	Når inntretr oppbudsplikten?.....	33
2.3	Brudd på aksjeloven	35
2.3.1	Erstatning jf. asl § 17-1	35
2.3.2	Straff jf. asl § 19-1	36
3	OPPBUDSPLIKTEN I STRAFFELOVEN.....	38
3.1	Subjektive vilkår for straff.....	38
3.2	Objektive vilkår for straff	40

3.2.1	Disposisjoner som ikke lenger kan omstøtes	40
3.2.2	Næringsvirksomheten går klart med tap	42
3.2.3	Straffrihet etter strl § 284 andre ledd	49
3.2.4	Om foretaksstraff	51
3.3	Hvem pålegges plikt?	52
3.3.1	Skyldneren.....	52
3.3.2	Medvirkning	53
4	AVSLUTNING.....	58
	KILDER.....	60

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Plikten til å begjære oppbud i et aksjeselskap følger av både aksjeloven/allmennaksjeloven¹ og straffeloven.² Med oppbud menes tilfellene der skyldneren selv begjærer konkurs i henhold til konkursloven § 60.³ I 2012 ble det åpnet konkurs i 2669 selskaper⁴ og av disse var 1 733 oppbud.⁵ Det antas av økokrim at det foreligger straffbare forhold i ca. halvparten av konkursboene.⁶

Det er i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-4 oppstilt et krav om at selskapet til enhver tid må ha en forsvarlig egenkapital. Dersom egenkapitalen ikke lenger kan antas å være forsvarlig, pålegges styret en handleplikt etter § 3-5. Oppbudsplikten er en følge av handleplikten og den inntreffer når det blir klart at selskapet ikke kan reddes. Vilklårene i straffeloven § 284 første ledd bokstav b har betydning for vurderingen av om oppbudsplikten i aksjeloven er overtrådt. Videre kan de grovere tilfellene av brudd på oppbudsplikten rammes direkte av § 284. Denne oppgaven skal omhandle oppbudsplikten slik den følger av aksjelovene og straffeloven, herunder hvilken stilling handleplikten har for oppbudspliktens inntreden. Videre vil det være fokus på hvem som kan ilegges ansvar og straff for brudd på bestemmelsene i aksjelovene og straffeloven.

¹ Lov av 13. juni 1997 nr. 44 og Lov av 13. juni 1997 nr.45.

² Lov av 22. mai 1902 nr.10.

³ Lov av 8. juni 1984 nr. 58.

⁴ Statistisk Sentralbyrå (2013).

⁵ Dypaune (2013).

⁶ Økokrim (2013).

1.2 Bakgrunn og hensyn

I 1997 ble aksjeloven revidert og det ble vedtatt to nye lover, en for aksjeselskaper og en for allmennaksjeselskaper. Et stadig økende antall konkurser på slutten av 1980- og begynnelsen av 1990- årene var noe av bakgrunnen for et økt fokus på beskyttelse av selskapskapitalen.⁷ Bestemmelsene i §§ 3-4 og 3-5 er et utslag av dette.

Brudd på handleplikten i aksjeloene kan medfølge krav om erstatning etter § 17-1 og straff jf. § 19-1. Det er ikke ulovlig å gå konkurs, men aksjonærene risikerer i utgangspunktet ikke å tape mer enn aksjekapitalen de har investert i selskapet. Dette følger av ansvarsbegrensningen i § 1-2. Aksjeselskapsformen muliggjør på denne måten større risikoer i næringslivet. Hensynet til kreditorene tilsier derfor at det skal være en plikt til å begrense tapet. Dersom det ikke fantes regler som etablerte et visst ansvar for de involverte i selskaper med begrenset ansvar, ville det vært helt åpent for å drive selskap på kreditorenes regning. Muligheten for personlig ansvar kan ha en oppdragende virkning og sikre at det foretas forsvarlige vurderinger vedrørende selskapets drift. Det skilles i strafferetten mellom allmennprevensjon og individualprevensjon. Allmennprevensjonen henviser til den generelt avskrekkende virkning et straffebed er ment å ha.⁸ Ansvaret for brudd på oppbudsplikten er ment å ha en slik preventiv virkning. Terskelen for bruk av straffelovens § 284 er imidlertid høy, noe som muligens kan ha sammenheng med straffebegrepet. Det kan være at det anses mer belastende å dømmes etter straffeloven enn etter aksjeloven. En regel som medførte at alle som startet en bedrift løp en høy risiko for å bli gjort straffansvarlig, ville i tillegg kunne være til hinder for et velfungerende næringsliv.

1.3 Avgrensning

Et aksjeselskap er ethvert selskap der deltakerne ikke er personlig ansvarlige for selskapets forpliktelser, jf. asl. § 1-1 (2). Allmennaksjeloven gjelder selskaper som i vedtektene er

⁷ NOU 1992:29 s.14.

⁸ Andenæs (2004) s. 81-82.

betegnet som allmennaksjeselskaper jf. asal § 1-1 annet ledd nr. 2. Andre selskapsformer vil ikke behandles.

Problemstillingene rundt styreansvar og handleplikten er meget omfattende og vil på langt nær behandles i sin helhet. Det som skal behandles i denne avhandlingen er hovedsakelig de situasjoner der handleplikten leder til inntreden av oppbudsplikten. Det vil likevel bli nødvendig underveis å ta opp forhold som ligger litt på siden for å kunne danne et helhetsbilde. Blant annet må selskapers generelle organisasjon og prosesser til en viss grad gjennomgås.

Noe av hensikten med avhandlingen er å få frem eskaleringen som skjer i praksis fra tidspunktet der styret pålegges en handleplikt etter asl. § 3-5 og frem til oppbudsplikten i strl. § 284 er overtrådt. For sammenhengen med aksjelovene vil det i hovedsak være strl. § 284 første ledd bokstav b som får betydning, slik at alternativet i bokstav a kun kort presenteres.

Ulike spørsmål og problemstillinger knyttet til styrets erstatningsansvar er behandlet en rekke steder i juridisk litteratur, det vil kun presenteres kort.

I straffeloven § 284 settes det straff for unnlattelse av å begjære konkurs eller gjeldsforhandling. Alternativet om begjæring av gjeldsforhandling skal ikke behandles, da det faller utenfor avhandlingens rammer.

1.4 Rettskilder

Utgangspunktet for denne avhandlingen er bestemmelsene i aksjeloven, allmennaksjeloven og straffeloven. I det videre vil lovene bli betegnet ved navn eller med forkortelser, henholdsvis forkortet som asl., asal. og strl.

Ordlyden i aksjeloven og allmennaksjeloven er den samme i §§ 3-4 og 3-5. Utgangspunktet tas heretter i aksjeloven. Allmennaksjeloven vil nevnes der det antas å være ulikheter av betydning. Bestemmelsene ble utformet i forbindelse med vedtak om nye aksjelover i 1997. Det ble først utarbeidet et lovutkast med forarbeider av Aarbakkeutvalget som Odelstinget

besluttet å returnere til Regjeringen. Bakgrunnen var et ønske om separate lover for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.⁹ Det ble deretter utarbeidet to nye lovutkast med felles forarbeider av Selvigutvalget. Bestemmelsene i §§ 3-4 og 3-5 ble ikke endret, slik at forarbeidene til det første lovutkastet i praksis vil ha samme vekt som forarbeidene til de endelig vedtatte lovene. Dersom det er motstrid, vil de siste forarbeidene ha forrang. I forbindelse med etterkontroll av aksjelovene ble det utarbeidet en odelstingsproposisjon med forslag til endringer i lovene. §§ 3-4 og 3-5 forble uendret, men proposisjonen inneholder uttalelser som var ment å være av klargjørende art. Dette har karakter av å være "etterarbeider" og har derfor mindre rettskildemessig vekt. Uttalelsene kan likevel ha argumentasjonsverdi.

Det ble 5. april 2013 lagt frem forslag til forenklinger i aksjelovene og proposisjonen ble godkjent i statsråd samme dag. Det er ventet at Stortinget skal behandle forslaget innen kort tid. De foreslåtte endringene vil ikke ha grunnleggende innvirkning på problemstillingene som blir presentert i denne avhandlingen. Der hvor omtalte bestemmelser er antatt å få et annet innhold, vil dette likevel kommenteres. Videre skal det bemerkes at de av endringene som omtales her, kun har virkning for aksjeloven.

Straffelovens kapittel 27 om forbrytelser i gjeldsforhold ble revidert i 2004. Det ble i noen høringsuttalelser foreslått at bestemmelsen ikke skulle videreføres, men departementet mente den hadde en viktig preventiv funksjon. Ordlyden ble endret, men forandringene skulle ikke innebære realitetsendringer. Bestemmelsen ble flyttet fra § 283a til § 284. Forarbeider og rettspraksis som knytter seg til den tidligere § 283a kan derfor ha betydning for tolkningen av § 284.

Rettspraksis vedrørende oppbudsplikten er begrenset og det er avsagt få Høyesterettsdommer. Det meste av rettspraksisen er fra underrettene og dreier seg hovedsakelig om handleplikten i aksjeloven § 3-5 og erstatningsspørsmål. Vurderingene og argumentene som blir

⁹ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s.9.

frem satt i dommene kan likevel ha betydning i drøftelsen av vilkårene i straffeloven § 284 første ledd bokstav b, da disse har nær sammenheng med handleplikten i aksjelovens § 3-5. Underrettspraksis har mindre rettskildemessig vekt enn dommer fra Høyesterett. I motsetning til dommer fra Høyesterett blir ikke alle dommene avsagt i lagmannsrett publisert, slik at det tilgjengelige utvalget er mer tilfeldig.¹⁰ Dersom praksisen er entydig, kan det likevel tale for å tillegge dommene en viss vekt. I tillegg vil det på et område der Høyesterettspraksis er fraværende være naturlig å se hen til underrettspraksis. På områder der avgjørelsene sjelden blir påanket, eller ikke blir tatt opp til behandling i Høyesterett, kan underrettspraksisen få større betydning.¹¹ Uavhengig av hvilken autoritet en dom har utad, har det formodningen for seg at den domstol som har avsagt dommen vil fortsette å innta samme standpunkt.¹² Det skal bemerkes at mesteparten av dommene som nevnes i oppgaven omhandler erstatningsansvar. Vilårene for oppbudsplikten blir imidlertid drøftet og dommene kan derfor tjene som illustrasjon.

Det foreligger en del juridisk litteratur på området, og da særlig om styrets erstatningsansvar. Noe av hovedlitteraturen på området er fra tiden før revisjonen av aksjeloven.¹³ En del av argumentene er likevel fortsatt gyldige og kan ha relevans for drøftelsene her. Rettslitteratur som direkte omhandler den straffesanksjonerte oppbudsplikten er mer begrenset. Det som er skrevet om styreansvar generelt kan likevel tjene som illustrasjon og ha argumentasjonsverdi også for dette emnet. I tillegg vil vilårene i straffeloven som sagt ha betydning for inntreden av oppbudsplikten i aksjelovene, slik at disse ofte behandles samme sted.

¹⁰ Eckhoff (2001) s. 156.

¹¹ Ibid. s.162.

¹² Ibid. s.163.

¹³ Blant annet Kristin Normann Aarums "Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper" (1994).

1.5 Innledende forklaringer

1.5.1 Kort om konkurs

Konkursloven (kkl.) regulerer de prosessuelle spørsmålene rundt kollektiv gjeldsforfølgning. Bobehandlingen kan være meget omfattende, og en fullstendig gjennomgang går utenfor rammene av denne avhandlingen. Hovedtrekkene skal kun kort presenteres. Et selskap tas under konkursbehandling ved at konkursbegjæring innleveres skriftlig til tingretten, enten fra styret eller fra en fordringshaver.¹⁴ Retten avgjør ved kjennelse om vilkårene for å ta selskapet under konkursbehandling er til stede.¹⁵

Grunnvilkåret for å ta selskapet under konkursbehandling, er at det er insolvent.¹⁶ Legaldefinisjonen av insolvensbegrepet følger av kkl § 61. For å konstatere insolvens må to vilkår være oppfylt. Skyldneren må være illikvid, det vil si at han ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. Betalingsudyktigheten må ikke kunne antas å være forbigående. Skyldneren må også være insuffisient, det innebærer at skyldnerens eiendeler og inntekter ikke kan gi full dekning for hans forpliktelser. Selv om dekning må søkes ved salg av debtors eiendeler, foreligger ikke insuffisiens så lenge salget kun forsinker oppfyllelsen. En skyldner som er illikvid og insuffisient er normalt insolvent.¹⁷

Retten oppnevner en bostyrer, som skal forestå konkursbehandlingen.¹⁸ Denne skal ivareta kreditorfellesskapets interesser.¹⁹ Videre skal bostyrer sørge for at hensynet til berørte arbeidstakere og særlige samfunnsinteresser ivaretas på best mulig måte. Ethvert formuesgode som kan omgjøres i penger og som tilhørte selskapet ved konkursåpningen, inngår i bo-

¹⁴ Kkl. 66 jf. asl. § 6-18 og kkl. § 60.

¹⁵ Kkl. § 72.

¹⁶ Kkl. §§ 60 jf. 61.

¹⁷ Andenæs I (2009) s. 61.

¹⁸ Kkl. § 77.

¹⁹ Kkl. § 85.

ets beslag.²⁰ Styret og andre ansvarlige i selskapet mister samtidig retten til å råde over selskapets eiendeler.²¹ Kort sagt er hovedformål i bostyrers behandling å få oversikt over alle selskapets aktiva og passiva, deretter skal aktiva realiseres til fordel for kreditorene. I visse tilfeller kan disposisjoner som er foretatt de siste tre måneder før konkursåpning omstøtes til fordel for boet og dermed kreditorfellesskapet. Dette følger av reglene i dekningslovens kap. 5. Ved avslutningen av bobehandlingen skal midlene i boet fordeles mellom kreditorene etter nærmere bestemte prioriteringsregler.²² Det vil ikke være midler til å dekke selskapets forpliktelser fullt ut og kreditorene mottar derfor kun en prosentvis dekning av sine krav. Det er dette som kalles dividendeutbetaling.²³ Bostyrer skal avslutningsvis også vurdere om det foreligger straffbare forhold.²⁴

1.5.1.1 Om sikkerhetsstillelse

En fordringshaver som begjærer et selskap konkurs må betale inn et beløp som tilsvarer det maksimale ansvar for kostnader ved bobehandlingen, begrenset oppad til kr 43 000.²⁵ Dersom det ikke er tilstrekkelige midler i boet til å dekke omkostningene, er den som begjærte konkursåpningen ansvarlig for det overskytende.²⁶ Beløpet skal i utgangspunktet tjene som sikkerhet. Retten kan gjøre unntak fra regelen om sikkerhetsstillelse dersom konkurs begjæres av offentlig myndighet eller det må antas å foreligge vesentlig offentlig interesse i at konkurs blir åpnet.²⁷ Det skal ikke stilles sikkerhet dersom konkurs begjæres av skyldneren.²⁸ Tidligere måtte skyldneren stille sikkerhet, men regelen ble endret fordi det ble antatt

²⁰ Dekningsloven (deknl.) § 2-2 (lov av 8. juni 1986 nr. 59).

²¹ Kkl. § 100.

²² Deknl. kap. 9.

²³ Gisle (2007) s. 64.

²⁴ Kkl. 120 første ledd nr. 5 jf. § 122a.

²⁵ Norges domstoler (2013).

²⁶ Kkl. § 67 jf § 73.

²⁷ Kkl. § 67 andre ledd.

²⁸ Kkl. § 67 tredje ledd.

å kunne føre til at flere velger å begjære oppbud frivillig på et tidligere tidspunkt.²⁹ Dersom det ikke er midler i boet til å dekke minstekostnadene, dekkes disse av staten.³⁰

1.5.2 Kort om selskapets ledelse

Aksjeselskapets ledelse består av daglig leder, styret og generalforsamlingen. Loven gir hvert enkelt organ kompetanse innen dets myndighetsområde.³¹ Hovedregelen er at aksjeselskapet skal ha et styre med minst tre medlemmer jf. asl § 6-1 første ledd. Dersom aksjekapitalen er på mindre enn tre millioner, kan styret ha færre enn tre medlemmer.³² Kravet til antall styremedlemmer er nå foreslått fjernet, slik at det blir opp til hvert enkelt selskap å vurdere hvor mange styremedlemmer det er behov for.³³ Aksjeselskapet skal videre ha en daglig leder som tilsettes av styret, med mindre vedtektene bestemmer at det skal gjøres av generalforsamlingen.³⁴ Ikke alle selskaper er pålagt å ha daglig leder, det er kun et krav om aksjekapitalen er på mer enn tre millioner.³⁵ Det er imidlertid nå foreslått at det også skal være opp til selskapet om det skal ha daglig leder.³⁶

Generalforsamlingen er selskapets øverste organ og består av aksjeeierne.³⁷ Styret i selskapet blir i utgangspunktet valgt av generalforsamlingen og det er opp til styret å ivareta selskapets og gjennom det også aksjeeiernes interesser på best mulig måte.³⁸ Det er derfor naturlig at aksjeeierne har innvirkning på sammensetningen av styret. I selskaper med mer

²⁹ NOU 1993:16 s.91 og Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 220.

³⁰ Kkl. § 73 tredje ledd.

³¹ Asl. kap. 6 del I og II.

³² Asl. § 6-1 (1).

³³ Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 6.4.4.

³⁴ Asl. § 6-2 (1) og (2).

³⁵ Asl. § 6-2.

³⁶ Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 6.6.4.

³⁷ Asl. § 5-1 (1).

³⁸ Asl. § 6-3 (1).

enn 30 ansatte, kan ansatte kreve å få velge inn medlem til styret.³⁹ Dersom selskapet har over 200 ansatte skal det i tillegg dannes en bedriftsforsamling, som har krav på å velge inn representanter til styret.⁴⁰ Det vil som oftest være klarlagt på forhånd at den som stiller til valg har samtykket i å motta oppdraget og ved det formelle valget oppstår et rettsforhold mellom selskapet og styremedlemmet.⁴¹ Det er opp til generalforsamlingen å bestemme om styret skal ha varamedlemmer, men dersom styret kun består av et eller to medlemmer må det velges varamedlemmer.⁴² Denne regelen er også foreslått endret, slik at det ikke skal være krav om varamedlemmer. Bakgrunnen er at i mange selskaper er det enestyre, det vil si at det kun er ett styremedlem og denne personen antas i tillegg å drive selskapet. I slike tilfeller kan det være unaturlig å måtte velge inn et varamedlem som ofte ikke har noen innsikt i selskapets drift.⁴³

Minst halvparten av styrets medlemmer og daglig leder må være bosatt i Norge. I tillegg er det et krav at styremedlemmene er myndige, noe som etter norsk lov betyr at de må være fylt 18 år og heller ikke være umyndiggjort.⁴⁴ Dersom et styremedlem i løpet av tjenestetiden blir umyndiggjort eller underlagt konkurskarantene må det foretas suppleringsvalg.⁴⁵

2 Handle- og oppbudsplikt ved for lav egenkapital

2.1 Forsvarlig egenkapital i asl § 3-4

2.1.1 Egenkapital

Vilkårene i asl. §§ 3-4 og 3-5 knytter seg i stor grad til størrelsen på egenkapitalen.

³⁹ Asl § 6-4.

⁴⁰ Asl § 6-35 jf. § 6-4.

⁴¹ Aarum (1994) s. 63.

⁴² Asl § 6-3 (1).

⁴³ Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 6.4.4.

⁴⁴ Asl § 6-11 (1) og (2), jf. Vergemålsloven av 22. april 1927 nr. 3 § 1.

⁴⁵ Asl § 6-8.

Det finnes ingen legaldefinisjon av begrepet egenkapital, men det er alminnelig anerkjent at egenkapitalen er et uttrykk for verdien av selskapets eiendeler fratrukket selskapets gjeld.⁴⁶ Dette fremgår også av regnskapsloven § 6-2.⁴⁷ I selskapsrettslig sammenheng utgjør egenkapitalen selskapets nettoformue, og er et uttrykk for hvor mye midler som er til disposisjon, f.eks. til utdeling eller hvor mye hver deltaker ville fått dersom selskapet ble oppløst.

I regnskapsloven § 6-2 C oppdeles egenkapitalen i to undergrupper. Den første er "innskutt egenkapital" (jf. rskl. § 6-2 C I). Denne gruppen består av selskapskapitalen, som er aksjekapitalen deltakerne har innskutt i selskapet. Overkursfondet, som kun er aktuelt dersom deltakerne har utstedt aksjer mot et vederlag som overstiger pålydende. I tillegg kan det være "annen innskutt egenkapital." Den andre gruppen er "opptjent egenkapital" (jf. § 6-2 C II). Denne omfatter "fond" og "annen egenkapital" og er ment å vise hva selskapet selv har tjent inn av egenkapital.⁴⁸

Egenkapitalen kan som følge av drift i selskapet bli lavere enn aksjekapitalen, den kan også bli negativ. Når det skal vurderes om selskapets egenkapital er forsvarlig, er det den reelle og ikke den balanseførte egenkapitalen som skal legges til grunn.⁴⁹ Det er adgang til å ta hensyn til verdier som ikke er balanseført, så lenge det foretas en forsvarlig vurdering av situasjonen.⁵⁰

2.1.2 Forsvarlighetsbegrepet

Det oppstilles et krav i asl. § 3-4 om at selskapet skal ha en egenkapital som er *”forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”*. Bestemmelsen er skjønnsmessig utformet, mye fordi aksjeloven skal gjelde for et bredt spekter av selskaper, det må

⁴⁶ Woxholth (2010) s. 136.

⁴⁷ Lov av 17. juli 1998 nr. 56.

⁴⁸ Woxholth (2010) s. 137.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

⁵⁰ Ibid. s. 52 og s. 54-55.

derfor være en innebygget fleksibilitet i reglene.⁵¹ I forarbeidene fremgår det at den rettslige standarden er ment å gi "*selskapets ledelse en påminnelse og oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling.*"⁵² Det er nå foreslått at § 3-4 skal inneholde et krav om at selskapet også skal ha en forsvarlig likviditet. Forslaget antas ikke å innebære realitetsendringer, men er ment som en presisering.⁵³

Hva som er forsvarlig egenkapital vil variere ettersom hva slags virksomhet som drives. Det følger av ordlyden, der det henvises til "*risikoen ved og omfanget av virksomheten.*" Kravet til egenkapitalen er strengere i selskaper som driver innenfor bransjer som er risikoeksponerte, enn for selskaper som drives i bransjer mindre påvirket av konjunkturer og markedsmessige svingninger.⁵⁴ Det skal foretas "*en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare egenkapitalen*" ved vurderingen av forsvarligheten i henhold til asl. § 3-4.⁵⁵ Det er en rekke forhold som kan påvirke om selskaper har et mer solid kapitalgrunnlag enn det egenkapitalen isolert sett gir uttrykk for. Blant annet kan det legges vekt på hva som inngår i fremmedkapitalen, om det inngår etterprioriterte lån og derunder rentebetingelser og løpetid for disse.⁵⁶ I dommen inntatt i Rt-1996-672 (s.680) uttalte Høyesterett at lånekapital som kan anses å være gunstig langsiktig finansiering, må tas med i vurderingen av selskapets finansielle styrke.⁵⁷ Det må selvfølgelig også tas hensyn til hvilke forpliktelser som påhviler selskapet, herunder om det har stilt garantier eller har kausjonsansvar. Det vil videre ha betydning om selskapet er i en oppstartsfase eller om det har vært i drift en stund. Det er lettere å akseptere et svakt kapitalgrunnlag i en nystartet bedrift, enn der hvor lengre driftstid viser at det har blitt den etablerte situasjonen i selska-

⁵¹ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 50.

⁵² Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s. 68.

⁵³ Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 5.10.4, forslaget har sammenheng med endringer i reglene om utbytte.

⁵⁴ NOU 1992:29 s. 102.

⁵⁵ Ot.prp.nr 23 (1996-97) s. 52.

⁵⁶ NOU 1996:3 s. 146.

⁵⁷ Det henvises i dommen til Rt-1991-119 der slik lånekapital også ble medregnet.

pet.⁵⁸ Det helhetlige bildet av selskapets økonomi vil kunne få betydning for hvilket innhold handleplikten etter asl § 3-5 får.

2.2 Handleplikt og oppbudsplikt

2.2.1 Hva innebærer handleplikten i asl § 3-5?

Styret har forvaltningsansvaret for selskapet, herunder et ansvar for å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll.⁵⁹ Asl § 3-5 pålegger styret handleplikt ved to alternative situasjoner. Det første alternativet er dersom det *"må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet"*. Ordlyden korresponderer med asl § 3-4. Det påligger styret å avgjøre hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig eller ikke. Det andre alternativet som aktiverer handleplikten er om selskapets egenkapital er mindre enn halvparten av aksjekapitalen.

Asl § 3-5 krever at styret skal *"behandle saken"*. Det står ikke direkte hva kravet innebærer, men fremgangsmåten for styrets saksbehandling reguleres i asl. § 6-19. Det følger av første ledd at utgangspunktet er at styrebehandling skal foregå i møte. Dersom en betryggende behandling kan skje uten at styret faktisk møtes, kan styrets leder beslutte muntlig eller skriftlig behandling. Om saksbehandlingen gjelder selskapets kritiske økonomiske situasjon, kan det vanskelig tenkes at en betryggende behandling kan sikres ved skriftlig eller muntlig informasjon alene. Det mest praktiske i forhold til kravet om behandling i § 3-5 er derfor at det innkalles til møte. Dersom styrets leder skulle finne at skriftlig eller muntlig behandling er tilstrekkelig, har daglig leder og de øvrige styremedlemmene mulighet til å kreve møtebehandling.⁶⁰

⁵⁸ NOU 1996:3 s. 146.

⁵⁹ Asl § 6-12 (1) og (3).

⁶⁰ Asl § 6-19 (2).

Behandlingen av saken kan innebære flere ulike elementer. For det første kreves at selskaps økonomiske situasjon gjennomgås, slik at alle styremedlemmene får dannet seg et korrekt bilde. Det påligger styret en plikt til å iverksette tiltak innenfor sitt myndighetsområde for å bedre egenkapitalsituasjonen.⁶¹ Det neste steget i handleplikten er at styret skal «*innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen*», jf. asl. § 3-5 første ledd tredje setning. Styret skal for generalforsamlingen redegjøre for den økonomiske situasjonen og foreslå tiltak som kan bedre egenkapitalsituasjonen. Under styrebehandlingen vil det derfor måtte gjennomgås hvilke tiltak som skal foreslås for generalforsamlingen. Tiltakene vil typisk være det som ligger utenfor styrets myndighetsområde å vedta. De tiltak som allerede er gjennomført må i tillegg presenteres, herunder hvilke eventuelle resultater de har medført eller forventes å føre til.

Det er kun dersom egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig at styret har plikt til å foreslå tiltak for generalforsamlingen. Det følger direkte av ordlyden i asl § 3-5 første ledd fjerde punktum. Dersom egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen, men uten at den samtidig er uforsvarlig lav, skal styret kun innkalle generalforsamlingen og orientere om situasjonen.⁶²

Generalforsamlingen står selvfølgelig fritt til å vedta eller avslå styrets foreslåtte tiltak. Det oppstår i den forbindelse et spørsmål om på hvilket tidspunkt styrets handleplikt er oppfylt, dette skal behandles nærmere under punkt 2.2.6.

2.2.2 Når inntreer handleplikten?

2.2.2.1 På hvilket tidspunkt inntreer handleplikten?

Et naturlig tidspunkt for å vurdere egenkapitalens forsvarlighet vil ofte være i forbindelse med fremleggelsen av årsregnskapet. Handleplikten oppstår imidlertid hvis det "*må antas*"

⁶¹ Andenæs (2006) s. 422.

⁶² Aarbakke mf.fl. (2012) s. 184.

at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig, noe som innebærer at så snart dette med rimelighet kan påvises, begynner fristen å løpe.⁶³ Det stilles derfor et krav til kontinuerlig oppmerksomhet fra selskapets styre når det gjelder egenkapitalens forsvarlighet.⁶⁴ Det antas likevel ikke å være nødvendig med hyppige kontroller dersom egenkapitalen ved avleggelsen av årsregnskapet var tilfredsstillende, med mindre det har skjedd noe som må antas å ha en vesentlig betydning for selskapets egenkapital.⁶⁵

Selv om forarbeidene legger til grunn fremleggelsen av årsregnskapet som et naturlig holdpunkt, bør den økonomiske situasjonen i realiteten behandles i samtlige styremøter. I børsnoterte allmennaksjeselskaper skal det i tillegg fremlegges halvårsregnskaper.⁶⁶ Det finnes imidlertid ingen regel for hvor mange styremøter som skal avholdes i løpet av året, kun at årsregnskapet og årsberetningen skal behandles i møte.⁶⁷ I henhold til forslaget om forenklinger i aksjeloven, skal det ikke lenger være krav til behandling av årsregnskapet i møte.⁶⁸ Det manglende kravet til andre møter kan uansett ha vært noe av bakgrunnen for det i forarbeidene tas utgangspunkt i fremleggelsen av årsregnskapet, men det er antagelig ikke tilstrekkelig dersom handleplikten skal overholdes. Daglig leder skal informere styret minst hver fjerde måned om selskapets "*virksomhet, stilling og resultatutvikling*" og disse rapportene må antas å være et viktig verktøy for styret.⁶⁹ Det vil i praksis være naturlig at det avholdes styremøte i sammenheng med daglig leders rapport, selv om loven åpner for at rapporten kan avgis skriftlig uten at det avholdes møte.⁷⁰ Ordlyden legger opp til at selskapets økonomiske stilling skal behandles og det må da avgjøres hvor detaljert det kreves at daglig leder behandler de ulike punktene i sin rapport. Styret må gis en rimelig mulighet til

⁶³ Andenæs (2006) s. 422.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 55.

⁶⁵ Ibid. s. 55.

⁶⁶ Lov av 29. juni 2007 nr. 75 § 5-6.

⁶⁷ Asl § 6-19 (1).

⁶⁸ Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 6.5.4.

⁶⁹ Asl § 6-15 (1). I allmennaksjeselskaper skal slike rapporter avgis hver måned jf. asal § 6-15 (1).

⁷⁰ Asl. § 6-15 (1).

å kunne vurdere selskapets stilling, men kravet vil variere etter de konkrete omstendighetene i selskapet.⁷¹ Styrets generelle rolle er en faktor som kan ha innvirkning på hvor detaljerte rapporter som kreves. Det uttales om dette i forarbeidene:

*"Det må også legges vekt på hva slags rolle styret selv har i selskapet. Dersom styret opptrer aktivt i forvaltningen, må det stilles mindre krav til rapporteringen enn dersom styret i første rekke har en tilsynsfunksjon."*⁷²

Det avgjørende i vurderingen av handlepliktens inntreden vil være om styret på bakgrunn av innholdet i daglig leders rapport får en oppfordring til å handle. Det kan i tillegg være andre omstendigheter som initierer en handleplikt for styret og det blir behandlet underveis i den videre drøftelsen.

Det er ikke alltid lett å fastslå et nøyaktig tidspunkt der handleplikten inntreffer. Selskapets økonomiske situasjon vil ofte forverres gradvis gjennom en periode.⁷³ På et tidspunkt vil det imidlertid være klart at egenkapitalsituasjonen er uforsvarlig og plikten til å handle etter asl § 3-5 har utvilsomt inntrådt. Dersom handleplikten inntreffer ved at egenkapitalen blir mindre enn halvparten av aksjekapitalen, kan det muligens fastslås et mer nøyaktig tidspunkt. Vilkåret er mer objektivt enn forsvarlighetsvurderingen, vurderingen knyttes opp mot bestemte størrelser. Uavhengig av om styret fortsatt mener egenkapitalen er forsvarlig, skal saken behandles og generalforsamlingen informeres slik som angitt i asl. § 3-5.⁷⁴

2.2.2.2 Styret skal "straks behandle"

Så langt er det fastslått at handleplikten inntreffer når egenkapitalen må antas å være uforsvarlig lav. Det neste som må vurderes er hvor lang tid styret har på seg fra fristen begynner å

⁷¹ NOU 1992: 29 s.152.

⁷² Ibid. s. 152.

⁷³ Aarum (1994) s. 495.

⁷⁴ Andenæs (2006) s. 423.

løpe til saken må behandles. Det følger av asl. § 3-5 første ledd at styret "*straks*" skal behandle saken. Det er ikke i forarbeidene redegjort nærmere for hva som menes med "*straks*". En naturlig språklig forståelse kan gi en viss veiledning. At noe skal skje straks levner vanligvis ikke mye rom for tidsspill, handlingen må skje innenfor svært kort tid. Sammenligning med andre uttrykk brukt i lovgivningen kan illustrere dette. En mye brukt formulering i lovtekster er "*uten ugrunnet opphold*" (bla Forsikringsavtaleloven § 4-14⁷⁵). Dette uttrykket tilsier at dersom det er en forsvarlig grunn, kan det brukes noe lenger tid. Ordet "*straks*" er strengere, det følger ikke her av ordlyden at det kan påberopes noen unnskyldningsgrunn for ikke å gjennomføre det pålagte med en gang eller umiddelbart. Asl. § 3-5 setter altså en streng tidsfrist for styret til å behandle saken.

Selv om det er på det rene at handlingstiden er underlagt en streng standard, er det likevel vanskelig å sette en nøyaktig frist. Det er en naturlig følge av at handlingsplikten i § 3-5 gjelder for ulike typer selskaper av forskjellig størrelse. Det vil være lite praktisk om det ble satt en absolutt frist som skulle gjelde både for store og små selskaper. Det kan være ulik grad av informasjonsflyt, og regnskapsmaterialet i store selskaper kan ofte være mer komplekst og vanskeligere å trenge inn i. Utgangspunktet må være at det ikke gis mer tid enn det tar å innkalle styret. Ulik tilgang til og oversikt over materialet som legges til grunn for forsvarlighetsvurderingen, fører til et spørsmål om hvem det er som har handleplikt. Dette behandles i avsnitt 2.2.3.

2.2.2.3 Innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen

Det neste steget i handleplikten er at styret "*innen rimelig tid*" skal innkalle generalforsamlingen. Det fremgår av forarbeidene at styret må innrømmes tilstrekkelig tid til å få oversikt over situasjonen, og vurdere eventuelle tiltak.⁷⁶ Videre må styret få mulighet til å vurdere hvilken effekt tiltakene som er gjennomført innenfor eget myndighetsområde eventuelt vil få. Det vil ha lite for seg dersom styret er pliktig til å gjennomføre tiltak, men før det blir

⁷⁵ Lov av 16. juni 1989 nr 69.

⁷⁶ NOU 1996:3, kap. 13.6.2.

klart hvorvidt tiltakene er tilstrekkelige må det tas stilling til om det skal foreslås for generalforsamlingen at selskapet oppløses. I forarbeidene nevnes som eksempel tilfeller der styret arbeider med refinansiering av selskapet og at slike prosesser ofte preges av streng konfidensialitet. Det vil dermed ikke være naturlig å innkalle generalforsamlingen før arbeidet er avsluttet.⁷⁷ Det er oftest spørsmålet om styrets behandling av saken er tilfredsstillende som er det avgjørende i praksis. Det kan ha sammenheng med at sakene som blir behandlet i domstolene oftest omhandler mindre selskaper.

2.2.3 Hvem har handleplikt?

2.2.3.1 Hvem pålegges plikt etter asl § 3-5

Dersom selskapets egenkapital er lavere enn det som er forsvarlig, følger det av asl. § 3-5 at ”styret” straks skal behandle saken. Ordlyden pålegger styret som selskapsorgan en handleplikt. Det første spørsmålet blir hvorvidt hvert enkelt styremedlem i realiteten pålegges en handleplikt. Styremedlemmene skal arbeide for å ivareta selskapets interesser, det innebærer et ansvar for å påse at selskapet drives ut fra forsvarlige økonomiske prinsipper.⁷⁸ Det blir derfor forutsatt at styret skal holde et kontinuerlig oppsyn med den økonomiske situasjonen.⁷⁹ I praksis vil det være noen som faktisk må oppdage at selskapets kritiske situasjon.

Et viktig verktøy for at styret skal kunne holde oppsyn, er det nære samarbeidet mellom daglig leder og styreleder som forutsettes i loven. Daglig leder skal forberede de saker som skal opp til behandling i styret, og dette skal skje i samråd med styrets leder.⁸⁰ I tillegg kommer daglig leders rapporteringsplikt overfor styret der selskapets økonomi burde inkluderes, slik som gjennomgått under punkt 2.2.2. Det må vurderes hva som blir konsekvensene for daglig leder dersom rapporteringen ikke tilfredsstiller et minstekrav. Styret

⁷⁷ NOU 1996:3, kap 13.6.2.

⁷⁸ Aarum (1994) s. 63 jf. asl. § 6-12.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 56.

⁸⁰ Asl § 6-21 (1).

vil muligens ikke være i stand til å bedømme hvorvidt tiltak etter asl § 3-5 må iverksettes på bakgrunn av daglig leders rapport. Bestemmelsen i asl § 6-15 (2) gir styret eller det enkelte styremedlem rett til å kreve at det gis en nærmere redegjørelse i konkrete saker. Det kan kreves at vurderingsgrunnlaget utbedres og redegjøres nærmere. Til en viss grad letter dette daglig leders ansvar, men det forutsetter at styremedlemmene er klar over at de burde be om en nærmere redegjørelse. I tillegg blir det et spørsmål om hva som skal kreves fremlagt. Svaret kan variere noe i forhold til hvilken informasjon styret opprinnelig la til grunn da man forsto at situasjonen var kritisk. Det kan dreie seg om likviditetsoversikt, balanserapport, regnskaper eller omsetningsrapporter.

En annen side av saken blir imidlertid om det alltid er ønskelig for styremedlemmene å få vite mer. Dersom det kreves faktisk kunnskap for ileggelse av ansvar, er det muligens bedre å ikke få vite noe nærmere om situasjonen. I en sak for Agder lagmannsrett⁸¹ påsto styremedlemmene at deres eventuelt manglende oppfølging, kun hadde bakgrunn i daglig leders manglende eller villedende informasjon. Det ble forgivevs anført at de ikke kunne stilles til ansvar for ikke å ha begjært oppbud tidligere, så lenge de ikke hadde vært oppmerksomme på problemene. Lagmannsretten uttalte at i selskaper med daglig leder kan styret normalt være fritatt fra å holde seg løpende orientert om enkelthetene i den daglige virksomhet. Utgangspunktet strekker seg imidlertid ikke lenger enn at dersom det foreligger særlige grunner til det, skal det foretas nærmere undersøkelser.⁸² Noe lignende ble resultatet i dommen inntatt i RG-2007-1625. Retten kom her til at selv om styremedlemmene manglet oversikt på grunn av mangelfull intern rapportering, kunne ikke det frita dem for ansvar.

Dersom et styremedlem oppdager eller fatter mistanke om at egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig, må det være opp til det enkelte styremedlem og gjøre andre oppmerksomme på det og eventuelt innkalle til ekstraordinært styremøte. Det er lite praktisk at styret skal

⁸¹ LA-2007-37537.

⁸² Slik også Andenæs (2006) s. 657.

fungere som en enhet til enhver tid. Det vil ved brudd på handleplikten dessuten være hvert enkelt styremedlem som holdes individuelt ansvarlig, f.eks. ved et eventuelt erstatningsansvar.⁸³ Som nevnt vil et selskap som oftest gå gjennom en fase med stadig forverret økonomi før det treffer punktet der hvor egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig.⁸⁴ Spørsmålet blir dermed om hvert enkelt styremedlem pålegges en initiativplikt og hvilke vilkår som i så fall ligger til grunn for denne. Det kan for eksempel tenkes at noen av styremedlemmene er mer involvert i selskapets daglige drift og har en mer løpende innsikt i den økonomiske situasjonen. De medlemmer av styret som er mer involvert vil kanskje ha ekstra oppfordring til å varsle de øvrige medlemmene, dersom grensen for hva som er forsvarlig antas oversteget. På den annen side kan det tenkes at de lettere vil kunne la seg påvirke av andre faktorer og gå i fellen med stadig å overbevise seg selv om at det skal ordne seg.

Dersom styret er klar over at økonomien er svak, vil det være en ekstra grunn til å følge bedre med. Det kan tenkes at styret allerede ved en økonomisk vanskelig situasjon har en oppfordring til å diskutere hvor grensen går for hva som er forsvarlig drift. Det kan for eksempel være at det settes mål for minimumsomsetningen som kan aksepteres og om disse ikke overholdes innen en gitt tidsramme, skal styret ha beskjed. Videre er det mulig at styret setter grenser for hvor mye gjeld selskapet kan pådra seg, dersom "taket" nås må situasjonen behandles på nytt. Det må uansett vurderes konkret hvor detaljert styret skal gå inn i driften av selskapet. I en dom avsagt i Borgarting lagmannsrett⁸⁵ ble det uttalt at viktige momenter i denne vurderingen er volumet på selskapets virksomhet, om selskapet har en fungerende administrasjon og om det har spesielle utfordringer eller vanskeligheter som styret må ta tak i. Styret vil dermed ha en oppfordring til mer detaljstyring i et selskap som står ovenfor en kritisk økonomisk situasjon. Bestemmelsen i asl § 3-5 innebærer nettopp en

⁸³ Aarum (1994) s. 60.

⁸⁴ Aarum (1994) s. 495.

⁸⁵ LB-2006-139384.

skjerpelse og presisering av styrets plikter når selskapet ikke befinner seg i en normalsituasjon.⁸⁶

Dersom muligheten for oppdagelse er til stede for den enkelte, må styremedlemmet som følge av dette blir pålagt en individuell initiativplikt. I dom inntatt i Rt-1930-533 går Høyesterett inn på individualiteten i styreansvaret. I dommen ble det fremmet krav mot tre styremedlemmer, hvorav en av dem ble idømt ansvar og de to andre ble frifunnet. Høyesterett åpner i dommen en mulighet for å ilegge ansvar for styremedlemmer dersom de ikke i tilstrekkelig grad holder seg oppdatert på selskapets økonomiske stilling. Det uttales at unnlatelsen av å kontrollere nærmere uansett kan kritiseres. Førstevoterende var likevel av den oppfatning at situasjonen for i hvert fall to av styremedlemmene ikke var *"av den beskaffenhet at den skulle begrunne ansvar for gjeldsbeløpene [...]"*⁸⁷ Det skal bemerkes at tyngden i styreansvaret har utviklet seg i tiden fra dommen ble avsagt, og sluttresultatet ville muligens ikke blitt det samme i dag. Dommen blir imidlertid brukt som grunnlag for styreansvarets individualitet i dagens praksis.⁸⁸ Dersom styret skulle pålegges et kollektivt ansvar, ville det stride mot alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, og ville i så fall måtte hjemles særskilt.⁸⁹

2.2.3.2 Styremedlemmenes individuelle forutsetninger

Det kan være aktuelt å se på hvilke kompetanse de ulike styremedlemmene har når det skal vurderes om de har handlet tilfredsstillende i forhold til lovens krav. Utviklingen av styreansvaret de siste årene har ført til en mer bevisst holdning til hva som følger med vervet. Det har blitt sagt om styrerollen at:

⁸⁶ NOU 1996:3 s. 146.

⁸⁷ Rt-1930-533 s. 536.

⁸⁸ F.eks: LA-2007-37537.

⁸⁹ Reiersen (2007) s. 34.

*"Den som ikke vil gjøre mer enn å overholde aksjelovenes minimumskrav, bør aldri velges til styremedlem, og den som ikke gjør mer enn å overholde aksjelovenes minimumskrav, bør kastes straks."*⁹⁰

Det må vurderes om det er visse styremedlemmer som pålegges mer ansvar enn andre eller om noen skal bedømmes etter en mildere standard, og hva som i tilfellet er grunnlaget. Det kan i utgangspunktet ikke være slik at mangel på kompetanse skal ha betydning for bedømmelsen etter bestemmelsene om styreansvar. Det oppstår et rettsforhold mellom styremedlemmet og selskapet ved at en person samtykker til vervet som styremedlem. Dersom personen ikke mener å ha tilstrekkelig kunnskap eller kompetanse til å sitte i et styre, burde han eller hun derfor ikke påta seg oppgaven. Noen betraktninger omkring kompetansespørsmål ble foretatt av Høyesterett i dommen inntatt i Rt-1994-1430. Dommen omhandler riktignok en advokatfullmektig, men noen paralleller kan dras til spørsmålet her. Det uttales at *"Advokat C's begrensede erfaring kan etter mitt syn ikke medføre at man stiller mindre krav til ham enn det man vil gjøre til en alminnelig erfaren advokat"*(s.1437). Mangel på erfaring kan altså ikke brukes som unnskyldningsgrunn. Det avgjørende må være hva man begir seg inn på, ikke hvilke individuelle forutsetninger man har.⁹¹ Et lignende synspunkt kan legges til grunn ved vurderingen av ansvar for styremedlemmer og hovedregelen må være at det er uaktsomt å påta seg verv uten å ha nødvendige kvalifikasjoner.⁹² I rettspraksis finnes flere eksempler på at styremedlemmer påberoper seg at de ikke hadde nødvendig kunnskap om hva vervet som styremedlem innebar, eller at de manglet oversikt over hva de påtok seg.⁹³ Det økende fokus på styreansvar gir imidlertid en ekstra oppfordring til å være bevisst på hvilke oppgaver og ansvar som følger med rollen. Et unntakstilfelle finnes i dommen inntatt i RG-1994-145 (Eidsivating) der et styremedlem ikke kunne ilegges ansvar på grunn av at vedkommende var meget psykisk og fysisk

⁹⁰ Bråthen (2009) s. 127.

⁹¹ Hagstrøm (2011) s. 473.

⁹² Aarum (1994) s. 221-226.

⁹³ For eksempel i LB-2006-139384 (der dette ble påberopt av styreleder) og Rt-2011-562.

svekket. Sykdommen førte til at han ikke engang maktet å si fra seg vervet. Det kan motsetningsvis tenkes at en person med høy kompetanse, særskilt erfaring eller kunnskap innenfor et område, i det konkrete tilfellet kan bedømmes etter en strengere standard.⁹⁴ På den annen side kan det være at en strengere norm ikke kan begrunnes i at personen kunne overoppfyllt kravene som stilles. I egenskap av å være styremedlem må også personer med spesialkompetanse anses å være på linje med de øvrige styremedlemmene.⁹⁵

Det kan tenkes å få betydning hvor lenge en person har sittet i styret. Hele styret kan ha vært involvert fra starten av eller hele eller deler av styret kan være byttet ut etter hvert. Størst betydning vil det nok ha om noen styremedlemmer kom inn etter at selskapet begynte å få økonomiske problemer. Dersom styremedlemmet kun har sittet i kort tid før oppbudet og det viser seg at oppbud skulle vært begjært langt tidligere, kan det ha formodningen mot seg at denne personen skal bedømmes på bakgrunn av tidligere forhold. Det er likevel noen forhold som må tas i betraktning. Det er ingen formelle krav om undersøkelse av selskapets stilling før aksept av et styreverv, men det kan være hensyn som taler for at visse undersøkelser bør gjøres. Særlig i forhold til styreansvaret, kan det være klokt å vite hva man sier ja til. Det må videre vurderes hvilken informasjon som faktisk er gitt personen før han aksepterer vervet. Dersom informasjonen om selskapet viste seg å gi et uriktig bilde av den faktiske situasjonen, kan det tale for en mildere bedømmelse. I noen tilfeller hentes det inn styremedlemmer med spesiell kompetanse med sikte på å få selskapet på rett kjøl. Det kan for eksempel være et av tiltakene som blir iverksatt i forbindelse med handleplikten. Det vil imidlertid være lite fristende å påta seg en slik oppgave, dersom risikoen var stor for å bli gjort ansvarlig om det ikke lykkes å snu situasjonen. Personen må nok uansett pålegges å handle dersom det blir klart at selskapet er i en umulig situasjon. Dersom ikke det gjøres, vil det være risiko for ansvar på grunnlag av utviklingen etter inntreden i styret.

⁹⁴ Slik Bøhn (1983) s. 166.

⁹⁵ Slik Andenæs (2006) s. 658.

2.2.3.3 Tidligere medlemmer

Det kan være grunn til å spørre om tidligere medlemmer av styret kan holdes ansvarlig for brudd på handleplikten etter asl. § 3-5. Med tidligere medlemmer menes de som ikke lenger innehar vervene ved konkursåpningstidpunktet. Ved vurderingen av om handleplikten er overholdt, må det slås fast på hvilket tidspunkt den inntrådte. Asl. § 3-5 pålegger styret en plikt til straks å behandle saken dersom egenkapitalen må antas å ikke være forsvarlig. Både ordlyden og reelle hensyn tilsier at det er styret som var sittende på det tidspunktet da handleplikten faktisk inntrådte som kan holdes ansvarlige. Det ville være for lettvinnt dersom man kunne frasi seg styrevervet når det ble klart at handleplikten allerede var overtrådt og man dermed risikerte ansvar. Det følger imidlertid av aksjeloven § 6-7 første ledd at et styremedlem har rett til å fratre dersom særlig grunn foreligger. En særlig grunn kan tenkes å være uenighet rundt beslutningene i styret. Dersom styret ikke overholder sin handleplikt eller gjennomfører tiltak styremedlemmet er uenig i hensiktsmessigheten av, vil det enkelte styremedlemmet kunne ha en plikt til å fratre sitt verv for å unngå ansvar. Mer om dette under punkt 2.2.5.2. Det skal bemerkes at fratreden basert på at pliktene allerede er brutt, ikke fritar for ansvar. Situasjonen kan sammenlignes med tilbaketreden i strafferetten. Dersom grensene for det forbudte allerede er overtrådt, kan det ikke omgjøres kun ved å la være å fortsette.⁹⁶ Videre vil ikke økonomiske problemer i selskapet alene være tilstrekkelige til at styremedlemmet kan fratre før tjenestetiden er omme. Det gjelder selv om det er reell risiko for at selskapet går konkurs.⁹⁷

2.2.3.4 Styrets leder

Styrelederen skal velges fra medlemmene av styret og registreres i Foretaksregisteret.⁹⁸ Hvis styret kun består av en person skal denne regnes som styreleder.⁹⁹ I utgangspunktet kan ikke samme person være styreleder og daglig leder. Dette er en absolutt regel for all-

⁹⁶ Andenæs (2004) s.360 jf. forutsetningsvis strl. § 50.

⁹⁷ NOU 1996:3 s. 142.

⁹⁸ Asl § 6-1 (2).

⁹⁹ Asl § 6-1 (2) siste setning.

mennaksjeselskaper og aksjeselskaper med aksjekapital på mer enn tre millioner.¹⁰⁰ Bakgrunnen er styrets tilsynsansvar, styret bør ikke ledes av den personen hvis disposisjoner det skal føres tilsyn med.¹⁰¹ I og med at kravet til antall styremedlemmer forsvinner, vil denne regelen endres for aksjelovens vedkommende.¹⁰²

Det som skiller styrelederen fra de øvrige styremedlemmene er et knippe egne plikter. Styreleder har plikt til å sørge for at alle saker som krever styrebehandling, blir forelagt for styret. Den tidligere aksjeloven bestemte at styreleder skulle sørge for at det ble avholdt styremøter "*så ofte som trengs*".¹⁰³ I den nye loven knyttes vilkåret for styrebehandling seg nærmere til hvilke saker som skal behandles, ikke hvor ofte det skal avholdes møter. Det følger av asl § 6-19 (1) at det er styreleder som avgjør hvorvidt en sak skal behandles i møte, eller om den kan få tilfredsstillende behandling uten at styret fysisk samles. I dette ligger et ansvar for å sikre en forsvarlig behandling. Dersom saker behandles uten møte, skal styreleder sørge for at styremedlemmene så vidt det lar seg gjøre, deltar i en samlet behandling av saken.¹⁰⁴ Videre må krav fra daglig leder eller fra andre styremedlemmer om behandling av saker i møte etterkommes.¹⁰⁵ Styreleders plikter samlet sett tilsier at det kreves en særlig oppmerksomhet og en uforsvarlig egenkapital ligger i kjernen av hva som kan betegnes som en aktuell sak for styret.

Videre blir spørsmålet hvor mye strengere krav det skal stilles til styrelederen i forhold til de øvrige styremedlemmene. Det vil kunne avhenge av en rekke forhold, der blant annet selskapets organisasjon vil være sentralt. Det kan for det første ha betydning hvorvidt styreleder er en "arbeidende styreleder." Dersom styreleder arbeider i selskapet vil det være sannsynlig at han har en mer løpende oversikt over selskapets økonomi. Terskelen for sty-

¹⁰⁰ Asal § 6-1 (3) og asl § 6-1 (2).

¹⁰¹ Bråthen (2003).

¹⁰² Prop. 111 L (2012-2013) pkt. 6.4.4.

¹⁰³ Lov av 4. juni 1976 § 8-9 (Opphevet).

¹⁰⁴ Asl § 6-19 (2).

¹⁰⁵ Bråthen (2003) jf. også asl §§ 6-19 (2) og 6-20 (1).

releders initiativplikt vil da kunne settes lavere. For det andre kan det ha betydning hva som er grunnlaget for at personen er styreleder. Selskaper kan ha en ordning der vervet som leder ruller mellom medlemmene med faste intervaller, for eksempel for å fordele den ekstra arbeidsmengden.¹⁰⁶ Det kan da være naturlig at det er tettere samarbeid mellom medlemmene rundt oppgavene som i utgangspunktet påhviler styrelederen. I andre selskaper er styreleder derimot valgt på grunn av sine kvalifikasjoner eller sin stilling i selskapet. Reglene i aksjeloven pålegger ikke direkte styrelederen et særlig ansvar i forhold til handleplikten i § 3-5. Det kan likevel på bakgrunn av det gjennomgåtte, tenkes at styreleder lettere kan holdes ansvarlig dersom ikke pliktene etter aksjeloven blir overholdt.

2.2.3.5 Varamedlemmer

Generalforsamlingen kan i utgangspunktet velge om styret skal ha varamedlemmer og denne valgmuligheten påvirkes ikke av de foreslåtte lovendringene. Dersom styret har varamedlemmer, må deres forhold til handleplikten vurderes. Bestemmelser om styremedlemmene gjelder for varamedlemmer så langt de passer, uavhengig av om de faktisk fungerer som styremedlem.¹⁰⁷ Visse bestemmelser får derimot kun anvendelse dersom varamedlemmet inntreffer som medlem av styret.¹⁰⁸

Varamedlemmet trer inn i funksjon som styremedlem dersom et av de faste medlemmene ikke kan ivareta sitt verv og vararepresentanten innkalles. Når varamedlemmer trer inn som styremedlem, betyr det at reglene om ansvar for styrets beslutninger trer i kraft. Det vil også gjelde bestemmelsene om erstatning og straff.¹⁰⁹ Det blir antatt at dersom et styremedlem uteblir fra et møte uten gyldig grunn, kan ansvar likevel pålegges, det samme vil muligens gjelde dersom varamedlemmet er innkalt.¹¹⁰ I visse tilfeller er praksis at varamed-

¹⁰⁶ Bråthen (2009) s. 127.

¹⁰⁷ Asl § 6-9.

¹⁰⁸ NOU 1996:3 s.143.

¹⁰⁹ Asl §§ 17-1, 17-2, 19-1 og 19-2.

¹¹⁰ Slik Svernlöv (1995) s. 129.

lemmene er til stede på styremøtene, selv når de faste medlemmene ivaretar egen funksjon. Grunnen kan være et ønske om at varamedlemmene skal få all informasjon og på denne måten være bedre rustet til deltakelse dersom det blir aktuelt.¹¹¹ Tilstedeværelsen antas likevel ikke å medføre ansvar for styrets beslutninger, fordi de ikke deltar på møtene i en funksjon som styremedlem.¹¹² Ansvar for varamedlemmet på bakgrunn av innkallelsen, kan dermed heller ikke bli aktuelt.

Det varierer hvilken informasjon som gis, noe som gjør det vanskelig å gi et bestemt svar på hvorvidt varamedlemmet kan pålegges handleplikt etter reglene i asl. § 3-5. Det er flere steder i juridisk litteratur forutsatt at ansvar ikke lett kan oppstå bortsett fra hvis varamedlemmet fungerer som styremedlem.¹¹³ Praxis rundt varamedlemmets inntreden som styremedlem kan imidlertid variere fra selskap til selskap. Det er dermed ikke sikkert at det kan ilegges ansvar i alle tilfeller, selv der varamedlemmet formelt sett har vært i funksjon som styremedlem. Noen eksempler kan tydeliggjøre vanskelighetene rundt spørsmålet. Hvis varamedlemmet ikke tidligere har vært til stede på styremøter, kan det ved deltakelse på kun ett møte være at han ikke fullt ut forstår sammenhengen i de økonomiske spørsmål som bli behandlet. Det kan være at det ikke blir gitt nærmere informasjon om hvorfor økonomi er et tema eller det fremgår ikke klart hva som er det konkrete problemet. Det kan også stilles spørsmål ved hvor nøye det skal kreves at varamedlemmet setter seg inn i sakene som skal behandles. Det kan tenkes at det må forutsettes en viss varighet i dennes aktive rolle for at det skal kunne ilegges ansvar. Det er muligens ikke tilstrekkelig å ha fungert som styremedlem i det konkrete møtet som senere viser seg å være tidspunktet da tiltak burde ha vært behandlet. En helhetsvurdering av omstendighetene i det konkrete tilfellet kan likevel føre til at det kan være mulig. Et spørsmål av betydning vil være om varamedlemmet løpende mottar styredokumentene fra de øvrige møtene som blir holdt eller på annen måte blir holdt løpende orientert og på denne bakgrunn kan sies å være klar over hva

¹¹¹ Andenæs (2006) s. 338.

¹¹² Ibid. s. 338.

¹¹³ Slik Aarbakke m.fl. (2012) s. 472 og Andenæs (2006) s. 338.

som er situasjonen i selskapet. På bakgrunn av gjennomgåelsen kan det sies at en grunnleggende faktor for ileggelse av ansvar er informasjonsflyten. Dersom varamedlemmet kun mottar referater eller eventuelle styreprotokoller, vil det være unaturlig å pålegge en plikt til å legge et annet faktum til grunn enn det som fremgår av styrets vurderinger. Det mest naturlige er derfor at varamedlemmet legger styrets forsvarlighetsvurdering til grunn.

På den annen side er varamedlemmer en formell del av styret som skal meldes inn til Foretaksregisteret i likhet med de ordinære styremedlemmer.¹¹⁴ Spørsmålet blir om varamedlemmer omfattes av handleplikten i § 3-5 på bakgrunn av den formelle stilling i styret.

Varamedlemmet kan i noen tilfeller ha særskilt innsikt i selskapets økonomiske situasjon. Det er for eksempel ikke noe i veien for at en person som er varamedlem samtidig innehar en annen stilling i selskapet. Det kan da tenkes at personen, etter en konkret vurdering, vil ha like mye oppfordring til å handle som en med en ordinær posisjon i styret. Spørsmålet blir om stillingen som ekstrarepresentant vil være beskyttende eller om hensynet bak handleplikten slår gjennom også overfor disse medlemmene? Svernlöv konkluderer med at et slikt ansvar ikke kan pålegges i henhold til svensk rett og det antas at konklusjonen har gyldighet for norsk rett.¹¹⁵ Taxell synes derimot å mene at dersom et varamedlem i konkrete tilfeller får kunnskap som ville initiert handleplikt for styret, kan denne regnes som ansvarlig om han ikke gjør styret oppmerksom på saken.¹¹⁶ I en dom av Gulating lagmannsrett ble det forutsatt at varamedlemmet de facto må ha opptrådt som styremedlem for å kunne holdes ansvarlig. Det antydes imidlertid i dommen at det kan få betydning om varamedlemmet holdes orientert på en slik måte at det gis en spesiell oppfordring til å reagere.¹¹⁷ Det redegjøres ikke i dommen for hva som eventuelt vil bli konsekvensene dersom det likevel ikke reageres, så dette må anses som et foreløpig uavklart spørsmål. På bak-

¹¹⁴ Lov av 21.juni 1985 nr. 78 § 3-1 nr. 4.

¹¹⁵ Svernlöv (1995) s.130 og Andenæs (2006) s. 338 note 12.

¹¹⁶ Taxell (1983) s. 92.

¹¹⁷ RG-2004-484 Dommen gjaldt ileggelse av konkurskarantene etter kkl § 142 på bakgrunn av mangler ved regnskapsførselen, men inneholder generelle uttalelser om varamedlemmets rolle.

grunn av dette må konklusjonen bli at den formelle stilling som del av styret ikke fører til at varamedlemmene automatisk omfattes av handleplikten.

Varamedlemmet kan muligens ha risiko for at tiltak de har vært med på å foreslå og eventuelt gjennomføre, er adekvate og egnet til å bedre selskapets egenkapitalsituasjon. Det kan da få betydning om funksjonen som styremedlem begrenset seg til deltakelse kun på møtet der tiltak ble foreslått. Hvorvidt ansvar kan ilegges på et slikt grunnlag, må være tvilsomt. Dersom de foreslåtte tiltakene ikke viser seg å være adekvate, vil de ordinære styremedlemmene ha en fortsatt tiltaksplikt og varamedlemmets deltakelse ved én beslutning kan ikke tillegges avgjørende vekt.

2.2.4 Hva om tiltak ikke kan gjennomføres?

Dersom styret finner at det ikke er grunnlag for å foreslå tiltak for å forbedre egenkapitalen eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal styret foreslå at selskapet oppløses.¹¹⁸ Om generalforsamlingen nedstemmer styrets forslag til tiltak, vil det være det samme som at tiltak ikke lar seg gjennomføre.¹¹⁹ Asl. § 3-5 retter seg imidlertid kun direkte mot styret og det oppstilles ingen uttrykkelig plikt for generalforsamlingen til å beslutte oppløsning.¹²⁰ Dersom beslutning om tiltak eller oppløsning ikke oppnås i generalforsamlingen, kan et eventuelt ansvar for brudd på kravet om forsvarlig egenkapital påhvile de aksjonærer som medvirker til overtredelsen.¹²¹ I mange tilfeller eier styremedlemmene også aksjer og er dermed en del av generalforsamlingen. Dette kan bidra til økt økonomisk fellesskap mellom aksjeeierne og styremedlemmene.¹²² Det kan imidlertid også få betydning for hvilke tiltak som foreslås av styret. Det kan være at aksjeeiende styremedlemmer må være særlig

¹¹⁸ Asl. § 3-5 (2).

¹¹⁹ NOU 1996:3 s.146.

¹²⁰ Aarbakke m.fl. (2012) s. 185.

¹²¹ Andenæs (2006) s. 425-426.

¹²² Norsk utvalg for eierstyring og selskapsledelse (2012) s. 30, anbefalingen gjelder i utgangspunktet børsnoterte selskaper, men anses å være uttrykk for god skikk og kan derfor tjene som retningslinjer også for andre selskaper.

bevisst sin dobbeltrolle, slik at de ikke medvirker til kortsiktige disposisjoner som kan skade selskapet over tid.¹²³

Det er ikke alltid tilstrekkelig å fremsette forslag om oppløsning av selskapet. Dersom generalforsamlingen mener at selskapet fortsatt kan reddes, må styret undersøke om det kan gjøres andre tiltak enn dem som i utgangspunktet ble foreslått. Videre er det et vilkår for oppløsning av selskapet at det fortsatt er solvent, i motsatt fall må det fremmes oppbudsbe-
gjæring (se avsnitt 2.2.6). Det er antydning i rettspraksis at styret kan ilegges ansvar også i tilfeller der generalforsamlingen ikke følger opp styrets forslag eller tiltakene blir nedstemt. For å unngå ansvar må styret i et slikt tilfelle begjære oppbud, eller styremedlemmene må frasi seg sine verv.¹²⁴ Andenæs synes å mene at styrets handleplikt er oppfylt når forslag er fremmet i samsvar med bestemmelsen. Selv om generalforsamlingen nedstemmer forslagene, har bestemmelsen utøvet sin funksjon og de har blitt underrettet.¹²⁵ Dette utgangspunktet kan muligens bli vanskelig å opprettholde med hensyn til inntreden av oppbudsplikten, som skal behandles nærmere under punkt 2.2.6. Beslutning om å oppløse selskapet må treffes av generalforsamlingen, men begjæring om gjeldsforhandling eller konkurs fremsettes av styret.¹²⁶ Det skal i den forbindelse bemerkes at det følger forutsetningsvis av strl. § 284 at styret har både en rett og en plikt til å begjære oppbud, uavhengig av generalforsamlingen, dersom vilkårene er til stede.¹²⁷ Dette innebærer at handleplikten har nærmere tilknytning til styrets forhold til generalforsamlingen, mens oppbudsplikten i større grad må vurderes separat. Styret kan altså ha oppfylt sin handleplikt etter asl. § 3-5 slik Andenæs forutsetter, men uten at det har bestemmende betydning for vurderingen av oppbudsplikten.

¹²³ Norsk utvalg for eierstyring og ledelse (2012) s. 30.

¹²⁴ For eksempel i LA-2007-37537 og RG-2007-1625.

¹²⁵ Andenæs (2006) s. 423.

¹²⁶ Asl. § 16-1 (1) og Asl § 6-18 (1).

¹²⁷ Konkursrådet (1996) pkt. 2.3.

2.2.5 Er plikten overholdt?

2.2.5.1 Styreprotokollens betydning

Vurderingen av om styret har overholdt sin handleplikt vil bero på en rekke momenter. Utgangspunktet må tas i om de formelle krav etter asl. § 3-5 er oppfylt. Det kreves at styret skal behandle saken, fortrinnsvis i et styremøte. Det følger av asl. § 6-29 første ledd at det skal utarbeides en styreprotokoll der det fremgår hvem som var tilstede, hvor og når møtet ble avholdt og hva som ble behandlet. Styreprotokollen skal signeres av alle som deltok i styrebehandlingen. Hvis styret har flere enn fem medlemmer, kan det velges to som underskriver jf. tredje ledd. Protokollene kan tjene som dokumentasjon på prosessene som har foregått i selskapet, det antas derfor som viktig at det fremgår om styret faktisk behandlet selskapets økonomiske situasjon på en forsvarlig måte. Styreprotokollene kan, ved siden av regnskapene, bli viktige beviser når det skal avgjøres hvorvidt handleplikten er overholdt. I praksis kan slike dokumenter bli utarbeidet på forhånd og kun underskrives på møtetidspunktet, men det er uheldig sett fra et bevismessig standpunkt. Styreprotokollene er forutsatt å være reelle referater som viser hvilke saker som ble presentert på møtet og hvilken behandling de fikk. I dom inntatt i RG-2007-1625 ble det av retten påpekt at tilslutning til *"styrets forslag til tiltak for å bedre egenkapitalen"* fra generalforsamlingen, ikke var tilstrekkelig så lenge det ikke kunne redegjøres for hvilke konkrete tiltak det dreide seg om. Det eneste som fremgikk av protokollen var at det var tiltak for å *"få omsetningen opp og kostnadene ned."* Protokollene er ofte ikke tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre om styrets behandling har vært tilfredsstillende, men et moment som blir vektlagt. Det vil derfor være i styrets interesse at styreprotokollene danner et fullstendig bilde, i det minste der behandlingen tilfredsstiller lovens krav. Prosessen som har ledet frem til en eventuell oppbudsbejæring er altså en viktig del av vurderingsgrunnlaget.

Det skal fremgå av styreprotokollen hvorvidt beslutningene som blir tatt er enstemmige. Dersom det ikke er tilfellet, skal det fremgå hvem som stemte hva. Et styremedlem eller daglig leder som er uenig i beslutningen, kan kreve sin oppfatning og begrunnelsen for

denne inntatt i styreprotokollen.¹²⁸ Ettersom styreansvaret er individuelt, vil en slik protokollføring kunne få betydning i den senere vurderingen av ansvar.

Det kan tenkes å ha bevismessig betydning hvordan styreprotokollene blir oppbevart og om det er tatt kopier. I større selskaper vil det ikke være lett å gå tilbake og etterdatere styreprotokoller, som gir skinn av gjennomføring av tiltak eller behandling av selskapets økonomiske situasjon. I mindre selskaper er denne muligheten mer tenkelig. Det må likevel kunne vises til gjennomføringen av tiltakene og et forsøk på å unngå ansvar på denne måten kan vise seg å bli vanskelig.

2.2.5.2 Uenighet ved beslutningene

Når selskapets økonomiske situasjon er oppe til vurdering, kan det selvfølgelig oppstå uenighet. Noen av styrets medlemmer kan mene at egenkapitalsituasjonen er forsvarlig, mens andre mener det er uforsvarlig å fortsette driften uten å iverksette tiltak etter asl. § 3-5.

Dersom et styremedlem er uenig i en beslutning styret treffer, er det en plikt å stemme imot.¹²⁹ Styremedlemmet har da en rett til å få sin stemme protokollført. Det kan videre diskuteres om styremedlemmet har en plikt til å trekke seg fra vervet dersom beslutningen er av stor betydning for selskapet. I forhold til erstatningsansvar er det kravet om årsakssammenheng som gjør at ansvar ikke kan kreves for det styremedlemmet som stemmer mot en ansvarsbetingende beslutning.¹³⁰ Hvis beslutningen er ulovlig og belagt med straffansvar vil det muligens være lettere å komme frem til at styremedlemmet må trekke seg fra vervet for å unngå ansvar.¹³¹ Hvis styremedlemmet stemmer mot en beslutning, men senere er med på å iverksette den, blir det et spørsmål om vedkommende har utvist skyld. Dette er et

¹²⁸ Asl. § 6-29 (2).

¹²⁹ Aarum (1994) s. 238.

¹³⁰ Ibid. s.238, se om årsakssammenheng i avsnitt 2.3.1.

¹³¹ Aarum (1994) s. 239.

av straffbarhetsvilkårene som skal gjennomgås nedenfor i avsnitt 3.1. Det fremgår i kjennelse inntatt i Rt-1991-835 at et styremedlem ikke uten videre kan identifiseres med styrets vedtak, dersom han har stemt imot det. Styrelederen hadde i denne saken *"gjennomført det som var besluttet"* av flertallet i styret, men Høyesterett fant at det hersket tvil om skyldkravet var oppfylt og opphevet den fellende dommen fra byretten.¹³²

Unnlatelse av å iverksette tiltak eller handle etter asl § 3-5 vil muligens forutsette at styremedlemmer som mener dette strider mot reglene, må trekke seg fra sitt verv. Uenigheten må imidlertid oppfylle kravet om *"særlig grunn"* i asl. § 6-7 første ledd hvis et styremedlem skal trekke seg før tjenestetiden er ferdig.¹³³ Det er antatt at mislighold eller motsetninger i selskapet utgjør en særlig grunn.¹³⁴ Styrets medlemmer har heller ikke plikt til å etterkomme beslutning fra generalforsamling dersom beslutningen strider mot lov eller selskapets vedtekter, det følger av asl. § 6-28 (2). De sterkeste grunner taler dermed for at styremedlemmet må trekke seg fra vervet for å unngå ansvar i slike situasjoner.

2.2.5.3 Hensiktsmessige tiltak

I henhold til ordlyden i asl § 3-5 kan det synes som om styrets handleplikt er oppfylt ved at forslag om tiltak blir fremlagt for generalforsamlingen. Som sagt er det lagt til grunn i rettspraksis at styret likevel kan ilegges ansvar dersom ikke ytterligere skritt gjennomføres.¹³⁵ Ved vurderingen av styrets handlinger, vil det ha betydning hvilke tiltak som ble foreslått og hva som ble gjort for å rette opp i situasjonen. Det kreves at tiltakene er hensiktsmessige og siktemålet skal være å gi selskapet en forsvarlig egenkapital.¹³⁶

¹³² Saken gjaldt overtredelse av lov om åpningstider for utsalgssteder, men uttalelsene om skyldkravet må antas å gjelde tilsvarende for andre straffebestemmelser.

¹³³ Asl § 6-7 (1).

¹³⁴ Andenæs (2006) s. 368-369.

¹³⁵ Blant annet LA-2007-37537 og RG-2007-1625.

¹³⁶ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 162.

Det kan være aktuelt å redusere virksomhetens omfang for å bedre egenkapitalsituasjonen. Dersom styrets forslag går ut på reduisering av virksomheten, vil det antagelig kreves at det legges frem konkrete forslag for gjennomføringen. Hele eller deler av tiltaket kan ligge innenfor styrets myndighetsområde å gjennomføre, det forutsettes da at det iverksettes umiddelbart. Andre tiltak kan omhandle finansiering, noe som ofte er tilfellet. Det kan dreie seg om tilførsel av ny egenkapital eller eventuelt bedrede vilkår for den langsiktige finansieringen av selskapet. Det kan ikke være tilstrekkelig at styret kommer med forslag om at det skal tilføres ny kapital. Et slikt forslag er innholdsløst dersom det ikke følges opp av konkrete planer for hvordan det kan gjennomføres. Muligens må styret ha gjort faktiske forsøk på å skaffe kapital, før handleplikten kan anses å være overholdt. Det kan være aktuelt at styret har igangsatt forhandlinger med selskapets bankforbindelser angående vilkår for finansiering, eller eventuelt forsøk på å tilknytte seg nye forbindelser med tanke på en refinansiering eller restrukturering av selskapet. Generalforsamlingen kan selv beslutte å tilføre ny kapital til selskapet. Løsningen vil imidlertid avhenge av at aksjeeierne er interessert i å investere ytterligere, da de i utgangspunktet ikke er pliktige til å tilføre selskapet mer kapital enn det opprinnelige aksjeinnskuddet.¹³⁷

2.2.6 Når inntre oppbudsplikten?

Slik det fremgår av det gjennomgatte kan det være vanskelig å fastslå hvilket tidspunkt handleplikten inntre. Det vil likevel som regel la seg gjøre å fastslå et tidspunkt der det ikke lenger er tvil om at vilkårene er oppfylt.

Dersom tiltak ikke lar seg gjennomføre eller styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak, skal det foreslås oppløsning av selskapet jf. asl. § 3-5 annet ledd. Prosessen for oppløsning er beskrevet i asl kap. 16, men denne skal ikke gjennomgås her. Et viktig punkt er imidlertid at selskapets forpliktelser skal dekkes jf. asl § 16-7, med mindre kreditoren har frafalt sitt krav eller godtatt en annen debitor i stedet. Et vilkår for oppløsning av selskapet vil altså være at det er solvent. Det er ikke mulig for styret eller generalforsamlingen å foreta

¹³⁷ Asl. § 1-2-(2).

en avvikling og oppløsning dersom det ikke er midler til dekning av alle selskapets forpliktelser. Noe av bakgrunnen for konkursinstituttet er hensynet til likebehandling av kreditor-ene, og dette ville uthules dersom det var muligheter for en "privat" avvikling av et insolvent selskap. Dersom selskapet er insolvent, vil det i stedet måtte begjæres oppbud. Selv om det ikke klart følger av ordlyden i asl § 3-5 har styret en selvstendig rett og plikt til å melde oppbud, dersom selskapets økonomiske situasjon tilsier det.¹³⁸ Det kan gjøres uten at spørsmålet forelegges for generalforsamlingen.¹³⁹ Prosessen frem mot dette kan imidlertid være preget av usikkerhet og det er mange ulike momenter som spiller inn på vurderingene som blir foretatt. Styret bør utvise forsiktighet dersom selskapet er insolvent, fordi en videre drift etter insolvenstidspunktet er risikofylt.¹⁴⁰ Selskaper blir imidlertid ofte drevet videre på grunnlag av en overdreven optimisme om at selskapet kan reddes, uten at det tas tilstrekkelig hensyn til ansattes og kreditorenes interesser.¹⁴¹

På et tidspunkt vil det uansett være klart om selskapet er i stand til å komme seg ut av den vanskelige situasjonen eller ikke. Plikten til å begjære oppbud inntreffer når det er tvilsomt at selskapet kan reddes, uavhengig av hvilke tiltak som er eller kunne vært iverksatt.¹⁴² Det er styret som skal levere oppbudsbegjæring på selskapets vegne.¹⁴³ I vurderingen av når styret skulle ha begjært oppbud, vil de objektive vilkårene i strl. § 284 ha stor betydning. Dette spørsmålet vil derfor behandles videre i avsnitt 3.1.2 i sammenheng med gjennomgang av vilkårene i straffeloven.

Det kan tenkes at oppbudsbegjæringen ikke tas til følge av tingretten. Retten kan på bakgrunn av opplysningene den mottar finne at vilkårene for konkursåpning ikke er til stede.

¹³⁸ Asl § 6-18 jf strl § 284.

¹³⁹ Aarbakke m.fl (2012) s. 185-186.

¹⁴⁰ Aarum (1994) s. 499.

¹⁴¹ Ibid. s. 499.

¹⁴² Ibid. s. 495.

¹⁴³ Asl § 6-18.

Det oppstilles riktignok en presumsjonsregel i kkl § 62, der det ved skyldnerens erkjennelse som utgangspunkt skal antas at insolvens foreligger. Det er likevel mulig at retten bedømmer situasjonen annerledes og oppbudsbegjæringen avslås. Spørsmålet blir om styrets begjæring er ansvarsbefriende og svaret må bero på hva som er bakgrunnen for avslaget. Det kan være formfeil ved den innleverte begjæringen, for eksempel ved at det ikke foreligger lovlig styrevedtak etter asl. § 6-18. Begjæringen kan da ikke anses som ansvarsbefriende. Om det derimot er rettens vurdering som viser seg å være feilaktig, har det formodningen mot seg at styret kan holdes ansvarlig for det. På den annen side kan det tenkes at det vil være en forutsetning at styret igangsetter oppløsning av selskapet. Dersom styret i uansett mente at selskapet ikke kunne reddes, vil plikten til oppløsning etter asl § 3-5 andre ledd fortsatt være gjeldende.

2.3 Brudd på aksjeloven

2.3.1 Erstatning jf. asl § 17-1

Asl. § 17-1 inneholder en generell hjemmel for erstatningsansvar for voldt skade. Det følger av første ledd at "*selskapet, aksjeeier eller andre*" kan kreve at den skade som er voldt dem skal erstattes. De som kan være gjenstand for kravet etter bestemmelsen er "*daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier*". Annet ledd hjemler et generelt medvirkningsansvar. Den aktuelle skaden må være voldt i egenskap av stillingen og både uaktsomme og forsettlige skadeforvoldelser omfattes.

Vilkårene for å ilegge erstatningsansvar er at den skadegjørende handlingen er utført forsettlig eller uaktsomt i funksjonen som styremedlem, dette tilsvarer det ordinære erstatningsrettslige vilkåret om at det må foreligge ansvarsgrunnlag. Videre må det foreligge et økonomisk tap og det må foreligge årsakssammenheng mellom handlingen og tapet.¹⁴⁴ For å konstatere årsakssammenheng, kreves vanlig sannsynlighetsovervekt. I en konkurs kan konkursboet reise krav mot styrets medlemmer basert på skade som er voldt selskapet. I

¹⁴⁴ LB-2006-139384.

tillegg kan særkreditorene reise sine krav direkte mot styrets medlemmer, dersom vilkårene for dette er oppfylt.¹⁴⁵

2.3.1.1 Styreansvarsforsikring

Etter hvert som styreansvar har blitt mer aktuelt, har det også blitt vanlig å forsikre seg mot denne type ansvar. Det kan kun forsikres mot erstatningsansvaret, det er ikke mulig å forsikre seg mot straff. Styreansvarsforsikring er en måte å begrense det personlige ansvar på og skal kun kort presenteres. Styreansvarsforsikring er en skadeforsikring som reguleres av forsikringsavtaleloven Del A.¹⁴⁶ Forsikringen tegnes som regel av aksjeselskapet og skal dekke styremedlemmenes personlige erstatningsansvar som kan pådras i forbindelse med vervet som styremedlem.¹⁴⁷ Det er ingenting i veien for at styremedlemmet selv tegner en individuell styreansvarsforsikring for å dekke det samme ansvaret. Det kan være praktisk dersom forsikring ikke blir tegnet av selskapet, eller for personer som innehar styreverv i flere selskaper der enkelte har tegnet forsikring mens andre ikke har det.¹⁴⁸ Noe av hensikten bak en slik forsikring må være at dersom det er ønskelig å få visse personer inn i styret i et selskap, skal ikke frykten for ansvar hindre. På den annen side vil en fraskrivning av det personlige ansvaret kunne føre til at styremedlemmene handler på en måte som ikke tilfredsstiller lovens forsvarlighetskrav.

2.3.2 Straff jf. asl § 19-1

Forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelsene i aksjeloven straffes i utgangspunktet med bøter, men dersom det foreligger skjerpende forhold kan fengselsstraff i inntil ett år idømmes.¹⁴⁹ Dersom et selskap er insuffisient og senere går konkurs, vil en overtredelse av

¹⁴⁵ Spørsmålet om søksmålskompetanse for særkreditorene er mye omdiskutert i juridisk litteratur, men emnet er for omfattende til at det kan behandles videre her. Se blant annet Knut Ros artikkel *"Konkursboet eller enkeltkreditorens erstatningskrav"* i LOR-1994-233 for en nærmere beskrivelse.

¹⁴⁶ Forsikringsavtaleloven § 1-1 annet ledd jf. første ledd.

¹⁴⁷ Reiersen (2007) s. 166.

¹⁴⁸ Ibid. s. 167.

¹⁴⁹ Asl § 19-1 (1).

handlepliktreglene antas å innfri vilkåret om skjerpede forhold etter § 19-1.¹⁵⁰ Både stifter, medlem av styret eller bedriftsforsamlingen, daglig leder, firmategner og revisor kan straffes. I tillegg er straffen for medvirkning den samme som for hovedovertredelsen.

Det følger av annet ledd at en ledende ansatt med myndighet til å treffe beslutning på selskapets vegne, typisk en som kan binde selskapet, kan straffes på samme måte som nevnt ovenfor. Styret kan gi daglig leder eller annen navngitt ansatt fullmakt til å inngå avtaler på selskapets vegne.¹⁵¹ På denne måten kan andre ansatte enn dem som er listet opp i første ledd holdes ansvarlig for brudd på reglene. Det vil imidlertid kunne bero blant annet på en nærmere vurdering av fullmakten og andre konkrete omstendigheter, et spørsmål som ikke skal behandles nærmere her. En nærmere vurdering av medvirkningsalternativet skal foretas i sammenheng med drøftelsen av strl. § 287 under punkt 3.3.2.

Det følger av asl § 19-1 tredje ledd at overtredelse av bestemmelsene i aksjeloven er forseelser. Brudd på strl. § 284 er derimot en forbrytelse. Grensen mellom forbrytelser og forseelser er angitt i strl. § 2 og har i dag betydning i flere henseender. Blant annet gjelder det med hensyn til straffeprosess og straffbarheten av forsøk, men dette skal ikke behandles nærmere her. Noe av bakgrunnen for sontringen var et ment behov for å skille ut de mer bagatellmessige forgåelser under en mildere betegnelse.¹⁵² Det skal likevel bemerkes at i den nye straffeloven, som ennå ikke er trådt i kraft, er ikke skillet mellom forseelser og forbrytelser videreført.¹⁵³

¹⁵⁰ Konkursrådet (2001).

¹⁵¹ Asl § 6-31 (1).

¹⁵² Andenæs (2004) s. 8.

¹⁵³ Lov av 20. mai 2005 nr 28.

3 Oppbudsplikten i straffeloven

3.1 Subjektive vilkår for straff

Det er fire subjektive vilkår som må oppfylles for at straff kan ilegges. Det første er at den aktuelle handlingen må passe til handlingsbeskrivelsen i et straffebud. Det følger av det grunnleggende legalitetsprinsippet i Grunnloven § 96, som innebærer at ingen kan dømmes uten etter lov.¹⁵⁴ Legalitetsprinsippet utelukker straff på annet grunnlag enn lov, det kan altså ikke baseres på oppfatninger om handlingens eventuelle moralske karakter og heller ikke på bakgrunn av sedvanerett.¹⁵⁵ Det strafferettslige legalitetsprinsippet er ment å beskytte mot overgrep fra statsmakten.¹⁵⁶ Kravet om lovhjemmel forutsetter at denne er klar og forståelig, slik at det er mulig å forutse sin rettsstilling. Det kan imidlertid ikke være et krav om absolutt sikkerhet, til det er språket for vagt og upresist og folks oppfatning og forståelse svært forskjellig.¹⁵⁷ Det ville være en nærmest uoverkommelig oppgave for lovgiver å beskrive i detalj alle handlinger som er ment å skulle rammes av et straffebud.

Det neste vilkåret for straff er at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn. Med det menes at visse handlinger kan være belagt med straff objektivt sett, men er under visse omstendigheter likevel ikke rettstridige, f.eks. hvis de blir utøvet i nødverge eller ved nødrett.¹⁵⁸

For det tredje må det foreligge subjektiv skyld og som hovedregel kreves det at handlingen er utøvet med forsett.¹⁵⁹ Det er flere undergrupper av forsett, som alle kjennetegnes ved at overtrederen har kjennskap til rettskrenkelsen på handlingstidspunktet.¹⁶⁰ Dersom det fore-

¹⁵⁴ Lov av 17. mai 1814.

¹⁵⁵ Andenæs (2004) s. 104.

¹⁵⁶ Strandbakken (2004) s.191-192.

¹⁵⁷ Ibid. s. 197.

¹⁵⁸ Andenæs (2004) s.101 jf strl §§ 47 og 48.

¹⁵⁹ Strl. § 40.

¹⁶⁰ Schea (1994) s. 118.

ligger hensiktsforsett, betyr det at *"overtrederen ønsker å forårsake rettskrenkelsen"*.¹⁶¹ Ved sannsynlighetsforsett ønsker ikke overtrederen nødvendigvis å forårsake rettskrenkelsen, men anser det som overveiende sannsynlig at det vil skje som resultat av adferden.¹⁶² Det er mange straffebud som også rammer uaktsom overtredelse, det vil si at handlingen ikke var bestemt eller tilsiktet. Det skilles mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet, den bevisste uaktsomhet kan sies å referere til tilfellene der man tar en bevisst risiko, mens dersom en person ikke er klar over at han handler uaktsomt er den ubevisst.¹⁶³ Det skilles i tillegg mellom simpel og grov uaktsomhet. For at en handling skal betegnes som grovt uaktsom, kreves det i følge Høyesterett at *"det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet"*.¹⁶⁴

Det siste vilkåret for straff er at handlingen må være foretatt av en tilregnelig person. Dette betyr at personen som utfører handlingen må ha strafferettslig skylddevne.¹⁶⁵ Vilkårene for utilregnelighet, defineres nærmere i strl. § 44. Det kan selvfølgelig hende at utilregnelighetsvurderingen forekommer i forbindelse med anvendelse av strl. § 284, men vilkårene anses likevel for å være utenfor avhandlingens tema og skal ikke gjennomgås her. Personen som straffes må være fylt 15 år.¹⁶⁶

I strafferetten stilles det i tillegg strenge krav til bevis. Hovedregelen er at det skal kunne bevises utover enhver rimelig tvil at tiltalte har gjort seg skyldig i det som beskrives i tiltalebeslutningen. Sagt på en annen måte skal enhver rimelig tvil komme den tiltalte til go-

¹⁶¹ Schea (1994) s. 119

¹⁶² Ibid. s.119.

¹⁶³ Andenæs (2004) s. 244.

¹⁶⁴ Rt-1970-1235 og Rt-1983-1222.

¹⁶⁵ Andenæs (2004) ss. 101 og 288.

¹⁶⁶ Strl. § 46.

de.¹⁶⁷ Med dette menes at det kreves en høyere sannsynlighetsgrad enn hvis det skal ilegges erstatning, der det kun kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt (over 50 %).¹⁶⁸

3.2 Objektive vilkår for straff

Det følger av strl. § 284 første ledd at en skyldner som forsettlig eller grovt uaktsomt unnlater å begjære åpning av gjeldsforhandling eller konkurs, kan straffes med bøter eller fengsel inntil to år. Bestemmelsen setter straff for unnlatelse, det er altså straffbart å ikke handle. Det er situasjonene der det skulle vært begjært oppbud som er tema videre. I aksjeloven er oppbudsplikten en del av handleplikten som følger dersom tiltak for å bedre egenkapitalsituasjonen ikke lar seg gjennomføre eller ikke har den ønskede effekten. Oppbudsplikten i straffeloven kommer som en etterfølgende konsekvens hvis handleplikten og oppbudsplikten slik de følger av aksjeloven ikke blir fulgt.

Det første vilkåret som følger av strl. § 284 første ledd er at skyldneren må være insolvent. Vilkalet er en naturlig følge av vilkalet i kkl § 60 jf. § 61 om insolvens for at det kan begjæres konkurs. I tillegg til insolvens kreves det at vilkårene i strl. § 284 bokstav a eller b er oppfylt. Bokstav a skal kun kort beskrives da det er vilkalet i bokstav b som er mest aktuelt i forhold til aksjelovens bestemmelser.

3.2.1 Disposisjoner som ikke lenger kan omstøtes

Det følger av § 284 første ledd bokstav a at unnlatelsen av å begjære oppbud er straffbar dersom den *"medfører at en disposisjon eller et utlegg ikke kan omstøtes, og dette forringer fordringshavernes dekningsutsikt betydelig."* Omstøtelsesreglene i dekningsloven har bakgrunn i at visse disposisjoner strider mot de likhets- og effektivitetshensyn konkursinstituttet bygger på.¹⁶⁹ Utlegg kan som hovedregel omstøtes dersom de er stiftet i de tre siste må-

¹⁶⁷ Andenæs (2004) s. 102.

¹⁶⁸ Lødrup (2005) s. 275.

¹⁶⁹ Andenæs I (2009) s. 286.

neder før konkursen.¹⁷⁰ For de andre omstøtelsesreglene i dekl. §§ 5-2 til 5-7 og § 5-9, varierer omstøtelsesfristen etter hvilken type disposisjon det gjelder. I tiden forut for konkursen vil det bli klart at ikke alle fordringshaverne vil få full dekning for sine krav. Det vil være urimelig dersom det var tilfeldig, eller opp til skyldneren hvilke kreditorer som får oppgjør. Skyldneren kan ha en interesse i å dekke noen krav, for eksempel for å sikre et fortsatt samarbeid med kreditoren eller manglende betaling kan medføre personlig ansvar. Noen velger derfor å gi én fordringshaver full dekning på bekostning av andre, for deretter å utsette oppbudsbegjæringen til omstøtelsesfristen er utløpt. Det kan være på eget initiativ, men også etter avtale med eller press fra kreditoren. Bestemmelsen i strl. § 284 bokstav a skal hindre slike ordninger. Det er et tilleggsvilkår at den konkrete disposisjonen forringer de øvrige fordringshavernes dekningsutsikt "*betydelig*". Beløpet som er utbetalt må vurderes ut fra objektiv størrelse, men må også sees i forhold til størrelsen av de øvrige fordringene. Høyesterett har uttalt om dette:

*"det må være av betydning om en skyldner ved de utbetalinger som blir foretatt, vesentlig griper inn i og forrykker det oppgjør som ellers ville ha blitt resultatet etter vanlige regler i konkursloven."*¹⁷¹

Skyldnerens forsett eller grove uaktsomhet må omfatte den konsekvensen at omstøtelse ikke kan skje på grunn av unnlåtelsen. Uvitenhet med hensyn til faktiske forhold kan etter omstendighetene være grovt uaktsomt. At omstøtelsesadgangen går tapt er en objektiv følge av unnlåtelsen og skyldnerens manglende kunnskap om dekningslovens omstøtelsesregler, er ikke en unnskyldningsgrunn.¹⁷²

¹⁷⁰ Deknl § 5-8.

¹⁷¹ Rt-1982-1277 (s.1280). Dommen gjaldt brudd på straffelovens tidligere § 284 om forfordeling av kreditorer (nå § 283), men vurderingen om betydelig forringelse/betydelig svekkelse antas å være den samme.

¹⁷² Andenæs (2004) s. 460.

3.2.2 Næringsvirksomheten går klart med tap

Strl. § 284 bokstav b setter straff for unnlatelsen av å begjære konkurs dersom skyldnerens næringsvirksomhet "*klart går med tap*" og skyldneren "*må innse*" at han ikke vil kunne gi fordringshaverne dekning "*innen rimelig tid*". Oppbudsplikten som følger av aksjeloven vil være underlagt de samme vilkårene som den i straffeloven. Aarum skriver i denne forbindelse at betingelsene for å ilegge straffansvar etter strl. § 284 vil ha betydning for erstatningsspørsmålet i aksjelovens § 17-1 jf. § 3-5. Sammenhengen mellom den erstatnings-sanksjonerte plikten til å begjære oppbud og straffansvaret er klar.¹⁷³ Straffelovens oppbudsplikt er etterfølgende den som følger av aksjeloven, den skal ramme de grovere tilfellene. Det forutsettes altså at selv om de samme vilkårene oppstilles, vil styremedlemmene lettere kunne dømmes for brudd på oppbudsplikten som følger av aksjeloven.

3.2.2.1 "Klart går med tap"

Det første vilkåret etter bokstav b er at skyldnerens næringsvirksomhet må gå "*klart*" med tap. Det er ikke tilstrekkelig at bedriften er inne i en dårlig periode, det må være en varig tilstand. Det var i følge forarbeidene ikke ment at ubetydelige tap for kreditorfellesskapet skulle være avgjørende for straffbarheten, det er de "*håpløse tilfelle som Utvalget tar sikte på å ramme*."¹⁷⁴ Selv om virksomheten er kommet så langt at den er insolvent, vil det alene ikke være grunnlag for bruk av straffetrussel for å få åpnet konkurs. Oppbudsplikten inntreffer altså ikke på samme tidspunkt som insolvenstidspunktet, fordi det fortsatt kan være et begrunnet håp om å jobbe seg opp igjen.¹⁷⁵ Det vil ha betydning hvorvidt selskapets stilling er stabilisert eller om forpliktelsene stadig øker. Det vil med andre ord ikke være grunnlag for bruk av bestemmelsen dersom ikke kreditorenes stilling blir forverret ved fortsatt drift.¹⁷⁶ Det er antydning i rettspraksis at det ikke er tilstrekkelig om økningen kun består i renter på

¹⁷³ Aarum (1994) s. 495.

¹⁷⁴ NOU 1972:20 s. 368.

¹⁷⁵ Ibid. s. 368.

¹⁷⁶ LE-2007-69355 og LH-1998-906.

allerede etablerte krav.¹⁷⁷ Styrets handlefrihet vil imidlertid være svært begrenset etter insolvensstidspunktet har inntrådt. De handlinger eller tiltak som gjøres må utelukkende være med på å bedre selskapets situasjon for at ikke oppbudsplikten skal inntre.¹⁷⁸ Det vil som oftest ikke være mulig å fortsette driften uten at det samtidig medfører en økning i forpliktelser. For å drive videre vil det som oftest trenge ansatte og lokaler, utgifter til strøm, leie, lønn og lignende vil øke den samlede fordringsmassen. Unntaket har dermed begrenset betydning. I dommen inntatt i Rt-1993-918 økte tapene i to selskaper med omtrent en og to millioner per måned. Dette ble av retten ansett som betydelig og vilkåret om at virksomheten "klart" må gå med tap ble ansett oppfylt (s.919).¹⁷⁹

3.2.2.2 "Må innse"

Skyldneren "*må innse*" at kreditorene ikke vil få dekning innen rimelig tid. Kravet innebærer ikke noe avvik fra kravet om grov uaktsomhet.¹⁸⁰ Vurderingen av den økonomiske situasjonen kan være uaktsom. Det vil si at mulighetene for fortsatt redning kan bli overvurdert, troen på at "lykken skal snu" er for stor eller det blir tatt en bevisst risiko med hensyn til forsvarligheten av videre drift. Den konkrete vurderingen kan knytte seg til om det har vært foretatt en aktsom bedømmelse av regnskapstallene og om det er handlet deretter.¹⁸¹ Det forutsettes en kontinuerlig oppfølging av selskapets økonomiske situasjon fra styret. Hvis regnskapene for eksempel ikke er reviderte, vil ikke det frita for ansvar dersom revisjon av regnskapene kunne gjort situasjonen klar på et tidligere tidspunkt.¹⁸² Unnlatt revisjon av regnskapene vil da være et moment i aktsomhetsvurderingen. Uttalelser fra revisor i beretninger eller nummererte brev kan også få betydning i bedømmelsen. Revisor skal på

¹⁷⁷ LE- 2007-69355.

¹⁷⁸ Aarum (1994) s. 498.

¹⁷⁹ Dommen gjelder den tidligere strl § 283a.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) s. 76.

¹⁸¹ RG-1996-1101.

¹⁸² LE-2007-69355, uttalelsen gjelder en vurdering av ileggelse av konkursskarantene etter kkl § 142, men ureviderte regnskap kan heller ikke unnskyldes uvitenhet etter strl § 284.

peke dersom det kan stilles spørsmål ved forsvarligheten av videre drift.¹⁸³ Uaktsomheten kan derfor lettere betegnes som grov om det er unnlatt å handle i henhold til revisors anbefalinger.¹⁸⁴

Styret kan videre ha basert seg på forutsetninger som ikke holder mål. Slik var forholdene i en dom av Gulating lagmannsrett¹⁸⁵ der retten fant at det var lagt for stor vekt på en proformabalanse som var utarbeidet av styret. Lagmannsretten bemerket at den fremsto som basert på "*temmelig usikre og optimistiske beregninger*." Blant annet var et kausjonsansvar av betydelig størrelse utelatt, samtidig var det forutsatt at banken ville være med på gjennomføring av gjeldsettergivelse og restrukturering. Selv om det foreligger tall som skriver seg fra regnskaper, kan det altså være at de ikke gir et reelt bilde av den økonomiske situasjonen. De bokførte verdiene er ikke alltid i samsvar med verdier som faktisk er i behold i selskapet. En lignende situasjon er omhandlet i Rt-1975-198 der retten uttaler at den interne regnskapsoversikten som var utarbeidet i selskapet var misvisende. Arbeider under utførelse ble vurdert vesentlig for høyt og selv om slike tall kan være vanskelige å vurdere, burde ledelsen grepet inn når det viste seg at flere av anleggene som ble avsluttet viste direkte tap. I Rt-1991-119 fremgår det at styrets beslutninger ble vurdert som litt vel optimistiske, men de ble likevel godtatt av Høyesterett. Retten mente at selv om styret i selskapet hadde handlet ut fra en noe høy grad av optimisme, lå det likevel en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres handlinger. Det refereres i den anledning til Bernhard Gomard:

".. En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet

¹⁸³ Asl § 7-4.

¹⁸⁴ LE-2007-69355.

¹⁸⁵ LG-2006-116552.

*frifundet, også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk..."*¹⁸⁶

Vurderingen av om styret har overtrådt oppbudsplikten, kan avhenge av styrets kjennskap og oversikt i forhold til de beslutninger som blir tatt. I en dom av Agder lagmannsrett var noe av det avgjørende at styret manglet oversikt over hvilken situasjon selskapet faktisk var i. Det ble heller ikke gjort innsats for å skaffe ytterligere informasjon, selv om det måtte være klart at det de mottok fra daglig leder var villedende og manglende.¹⁸⁷

Det kan synes som et viktig moment om styret baserer sine handlinger på faktiske forretningsmessige vurderinger, eller om de lar driften skure og gå uten å foreta seg noe. Det er ikke ansvarsbetingende om styret gjør feilvurderinger eller satser på et prosjekt som viser seg ikke å gi den inntjening som var forventet. Det som kreves er imidlertid at vurderingen bygger på realistiske forventninger og muligheter for et positivt resultat. Domstolene vil nok være tilbakeholdne med å overprøve rent forretningsmessige vurderinger, selv om dette utgangspunktet også har sine begrensninger.¹⁸⁸ Dersom urealistiske tall eller forutsetninger legges til grunn, kan det etter omstendighetene betegnes som grovt uaktsomt.

3.2.2.3 "Innen rimelig tid"

Skyldners vurdering av tidsbegrepet "*innen rimelig tid*" kan også være uaktsom. Hva som er "*rimelig tid*" beror på en konkret vurdering og det kan her vanskelig settes en fast norm.¹⁸⁹ I en sak for Eidsivating lagmannsrett innrømmet selskapets hovedaksjonær og daglig leder at han visste at selskapet var insolvent, men det ble likevel drevet videre. Han mente at kreditorene ville få dekning for sine krav innen rimelig tid. Forholdet blir beskrevet slik av retten:

¹⁸⁶ Rt-1991-119 (s.127).

¹⁸⁷ LA-2007-37537.

¹⁸⁸ Blant annet uttalt i LG-2006-116552.

¹⁸⁹ Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 52.

*"Både A og den andre aksjonæren antok i 1989 at det vill gå minst to år før selskapet drev i balanse. Deretter ville det gå tid før overskuddet var blitt så stort at det underskudd som i mellomtiden var opparbeidet, kunne dekkes. Et slikt tidsperspektiv på over to år er klart for langt til å kunne karakteriseres som "innen rimelig tid.""*¹⁹⁰

En rekke momenter vil kunne få innvirkning på vurderingen av hva som er innenfor kriteriet *"innen rimelig tid"*, som for eksempel hvilken bransje det drives innenfor og hva som følger av vanlig praksis. Det kan også ha betydning om selskapet er i startfasen. Det var riktignok tilfellet med selskapet i dommen, men selv om to år ble ansett for lenge kan noe lenger tid måtte gis nystartede selskaper. Visse bransjer er utpreget sesongavhengige og må muligens innrømmes lenger tid *"utenfor sesong"*. Det kan også ha betydning hvor lang forfallstid det i utgangspunktet er på forpliktelsene. Dersom det opereres med lang betalings- tid, kan ikke selskapet uten videre utsette betalingene ytterligere.

3.2.2.4 Beviskrav

Det kan oppstå vanskelige bevissspørsmål i forbindelse med anvendelsen av straffeloven § 284 bokstav b. Det skal bevises utover enhver rimelig tvil at skyldnerens næringsvirksomhet gikk klart med tap og at han måtte innse at kreditorene ikke ville få dekket sine krav innen rimelig tid. Bestemmelsen er skjønnsmessig utformet og det kan derfor være vanskelig å oppfylle beviskravet. Praktisk sett lar det seg gjøre å fastslå insolvenstidspunktet, som er det innledende vilkåret. Det vil mange ganger fremgå av regnskapene eller revisors rapporter. I noen konkursbo blir det oppnevnt borevisor som spiller en sentral rolle ved de økonomiske vurderingene.¹⁹¹ Det kan også være aktuelt med bruk av sakkyndige vitner for retten i forbindelse med slike vurderinger. I noen saker kaller partene inn revisorer til å uttale seg om saken, det er det i utgangspunktet adgang til både i sivile saker og straffesa-

¹⁹⁰ RG-1996-1101 (Eidsivating).

¹⁹¹ Nærmere om vilkårene for dette i kkl. § 77 tredje ledd jf § 90.

ker.¹⁹² Det kan imidlertid knytte seg vanskeligheter til bruk av sakkyndige vitner i og med at det dreier seg om skjønnsmessige fastsettelse. Man kan risikere at de sakkyndige kommer til ulike konklusjoner. Det blir da opp til domstolene å vurdere hvilke uttalelser det eventuelt skal legges vekt på.

3.2.2.5 Når inntre oppbudsplikten?

Oppbudsplikten inntre når vilkårene i strl. § 284 er oppfylt, unnlattelse av å begjære oppbud etter dette tidspunktet kan straffes. Det må avgjøres hva som skal til for at vilkårene er oppfylt og hvor lang tid har styret på seg før oppbudsbegjæringen må foreligge. Vilkaene i både aksjeloven § 3-5 og straffeloven § 284 er skjønnsmessige og det kan ikke settes en fast tidsfrist. Det har blitt sagt at styret må innrømmes noe tid til å områ seg, fordi det må tas hensyn til at beslutningen om begjæring av oppbud er vanskelig. Det må foretas en konkret rettsstridsvurdering ut fra forholdene slik de fremsto på det aktuelle tidspunktet.¹⁹³ Aarum mener at dersom det foreligger "særlige" holdepunkter, bør det kunne gis en utsettelse på et par måneder etter insolvenstidspunktet. Bakgrunnen er at det må gis en reell mulighet til å snu utviklingen.¹⁹⁴

Et viktig moment i vurderingen er hva som blir foretatt i tidsrommet fra insolvenstidspunktet og frem til oppbud faktisk blir begjært. I en sak for Borgarting lagmannsrett hadde det gått ni og en halv måned.¹⁹⁵ I utgangspunktet er det lang tid, men lagmannsretten fant likevel at de konkrete forholdene i saken gjorde utsettelsen akseptabel. Det ble lagt vekt på at styreleder gjeninntredte som daglig leder, det ble ført forhandlinger med potensielle investorer om inntreden på eiersiden og det ble det vist stor åpenhet overfor selskapets bankforbindelse og større kreditorer. Det ble også vektlagt at kreditorenes stilling ikke ble ytterligere forverret, fordi den løpende driften isolert sett gikk i null i tiden etter insolvenstids-

¹⁹² Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 § 25-6 og straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 §§ 148 og 149.

¹⁹³ Aarum (1994) s. 500.

¹⁹⁴ Aarum (1994) s.500.

¹⁹⁵ LB-2008-704.

punktet. Styreleder hadde ikke passivt "latt det skure" og av den grunn fant retten at oppbudsplikten ikke var forsømt. I en dom av Gulating lagmannsrett ble til sammenligning en utsettelse på seks måneder ansett som for lenge.¹⁹⁶ Retten tok utgangspunkt i at oppbud skulle vært begjært på samme tidspunkt som insolvens inntrådte. Det ble i dommen særlig lagt vekt på at selskapet fortsatte å gå med store tap og styrets vurderinger av muligheten for fortsatt drift lå godt utenfor det som kunne forsvares. Disse dommene gjelder krav om erstatning, men drøftelsene rundt oppbudspliktens inntreden tar utgangspunkt i vilkårene i strl. § 284 bokstav b. Tiltalte i Rt-1993-918 var ansvarlig for flere selskaper.¹⁹⁷ I det ene selskapet gikk det tretten og en halv måned fra oppbudsplikten inntrådte og til konkurs ble åpnet, dette skjedde i tillegg etter begjæring fra kreditor. I det andre selskapet ble det begjært oppbud ni og en halv måned etter oppbudsplikten inntrådte. Begge selskapene gikk med betydelige tap i perioden og i tillegg ble kreditorene oppholdt med uriktige opplysninger om nært forestående refinansiering. I dommen inntatt i Rt-1992-1612 var det fortsatt drift i selskapet to år etter oppbudsplikten inntrådte.¹⁹⁸ Høyesterett bemerker at selskapet var insolvent høsten 1987 og mot slutten av året måtte det være klart at det ikke var noen realistisk utsikt til at det ville komme på fote igjen. Dommen illustrerer at det ikke er sammenfall mellom insolvenstidspunktet og inntreden av oppbudsplikten, selv om rettspraksis kan synes å ta utgangspunkt i dette tidspunktet. Det fremgår av det som er gjennomgått av de konkrete forholdene i selskapet har betydning for rettens vurdering av om oppbudsplikten er overtrådt.

Handlinger foretatt i tiden før oppbudsbegjæringen kan ha rent skjerpende trekk. I en dom av Gulating lagmannsrett¹⁹⁹ ble det i tiden etter oppbud burde vært begjært foretatt en rekke transaksjoner som viste at styret forberedte seg på konkurs. Det fremgikk at det først og fremst ble ordnet opp i gjeldsforhold der unnlatelse av oppfyllelse kunne medføre tyngende

¹⁹⁶ RG-2007-1625.

¹⁹⁷ Dommen gjelder den tidligere strl. § 283a.

¹⁹⁸ Dommen gjelder tidligere § 283a.

¹⁹⁹ LG-2008-39560.

personlig ansvar, blant annet ble det betalt skattegjeld, merverdiavgift og det ble innbetalt skattetrekk på skattetrekkskonto. Det fremsto derfor som klart for retten at oppbud skulle vært begjært på et tidligere tidspunkt og det var noe styrets medlemmer var klar over.

Det inntreer en skjerpet aktsomhetsplikt for styret dersom selskapet er insolvent og handlefriheten blir betydelig innskrenket. Det avgjørende i vurderingen vil ofte være hendelsesforløpet fra insolvenstidspunktet og frem til oppbud blir begjært. Det kan synes som om et par måneders utsettelse er et godt utgangspunkt, med mindre det foreligger særlige omstendigheter som kan gi styret litt lenger tid. Det skal bemerkes at selv om oppbudsplikten isolert sett er overtrådt, medfører ikke det nødvendigvis straff. Det er i de grovere tilfellene det ilegges straffansvar, for eksempel der det foreligger store tap i tillegg til at fristen er overskredet med lang tid.²⁰⁰ I en forskningsrapport fra 1997 ble det konkludert med at det måtte drives i mer enn to år for kreditorenes regning før det ble aktuelt med straff.²⁰¹ På bakgrunn av en økende bevisstgjøring rundt økonomisk kriminalitet fra blant annet Stortinget, kan det virke som det legges opp til at en kortere tidsramme skal legges til grunn.²⁰²

3.2.3 Straffrihet etter strl. § 284 andre ledd

Unnlatelse av å begjære konkursåpning kan være straffri etter visse vilkår. Det følger av strl. § 284 andre ledd at dersom skyldneren har opptrådt "*i forståelse*" med fordringshaverne kan han ikke straffes. Det vil som regel være flere fordringshavere og skyldneren må opptre i forståelse med dem som "*representerer en vesentlig del av fordringsmassen med hensyn til både beløp og antall*".

Dersom det er flere kreditorer, kan situasjonen bli uoversiktlig. Kravet om at det skal opptres i forståelse med en "vesentlig del" av kreditormassen kan bli vanskeligere å overholde,

²⁰⁰ Slik Rt-1993-918.

²⁰¹ Langli (1997) s. 48, forskningsrapporten er fra tiden før revideringen av straffeloven og konklusjonen var basert på et begrenset materiale.

²⁰² Se for eksempel LB-2007-41346 og Regjeringen (2004).

da vilkåret knytter seg både til antall kreditorer og hvilke beløp kravene gjelder. Det må da avgjøres hvilke kreditorer det gjelder. For eksempel vil fordringshavere som har sikkerhet for sitt krav kun telle med for den del av fordringen som ikke er dekket av sikkerheten.²⁰³ Motsatt løsning vil føre til at kreditorene som uansett vil få dekket sitt krav kan binde kreditorene som uten sikkerhet allerede løper en større risiko. Videre er det ikke tilstrekkelig å opptre i forståelse med for eksempel de to største kreditorene, selv om deres krav representerer en overvekt av den beløpsmessige fordringsmassen. Kravet må være oppfylt *både* med hensyn til beløp og antall.

Unntaket i annet ledd er praktisk viktig. Det vil i mange tilfeller være naturlig at selskapet har en åpen dialog med leverandører, kunder, bankforbindelser og andre fordringshavere. Kreditorer som blir informert om den faktiske situasjonen i selskapet, kan da selv avgjøre om det er mer ønskelig å begjære selskapet konkurs. Kravet om sikkerhetsstillelse vil i mange tilfeller føre til at kreditorene heller vil forhandle frem en løsning på gjeldsforholdet med skyldneren. Det kreves imidlertid ikke at det faktisk har funnet sted forhandlinger.²⁰⁴ For at skyldneren skal kunne gå straffri forutsetter det at han lojalt har informert kreditorene om situasjonen, på en slik måte at de har forstått alvoret i de økonomiske problemene. Videre må skyldneren ha rimelig grunn til å tolke kreditorene dithen at de har akseptert risikoen, herunder det eventuelle tapet videre drift kan lede til.²⁰⁵

Skyldneren og kreditorene må ha en gjensidig forståelse av at skyldneren kan unnlate å begjære konkurs.²⁰⁶ Dersom det er uklart hva partene var enige om, må det foretas en vurdering av de konkrete omstendighetene. Et eksempel finnes i dommen "Stenberg & Søn."²⁰⁷ Her sendte styreleder uoppfordret en redegjørelse av den økonomiske situasjonen

²⁰³ Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 76.

²⁰⁴ Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 76.

²⁰⁵ Ibid. s. 76.

²⁰⁶ Ibid. s. 76.

²⁰⁷ LB-2008-704.

til en av selskapets kreditorer. Kreditoren mente i ettertid at redegjørelsen var misvisende og villedende. Lagmannsrettens oppfatning var imidlertid at den ga et "*oppriktig og realistisk innblikk*" i selskapets situasjon. Tonen i brevet var lett optimistisk, men ga et klart bilde av et selskap med betydelige utfordringer. Kreditoren hadde dermed all grunn til å stille spørsmål ved selskapets soliditet og styreleder kunne ikke holdes ansvarlig for tapet. Dommen omhandler ikke direkte alternativet om straffrihet i strl. § 284 annet ledd, men kan likevel tjene som illustrasjon. Dersom kreditorene blir informert på en korrekt og oppriktig måte, kan det tale for at skyldneren har "rimelig grunn" til å anta at det opptres i "forståelse" med kreditorene. Dersom de i tillegg fortsetter å utføre arbeid eller levere varer, vil det være et moment som ytterligere taler for en forståelse mellom partene. I dommen inn tatt i RG-1996-1101 ble det forgivevis anført at det var drevet i forståelse med fordringshavere som representerte en "vesentlig del av fordringsmassen". Noen kreditorer hadde riktignok gitt sitt samtykke til videre drift, men det var ikke tilstrekkelig. Selskapet var skyldig skattetrekksmidler og kommunen presset stadig på for å få oppgjør og til slutt begjærte kommunen selskapet konkurs. Påstanden om at det var drevet "i forståelse" med kommunen førte dermed ikke frem.

Et vanskelig grensespørsmål vil være hvor mye informasjon som skal gis. Et for vidtgående informasjonsansvar kunne føre til at virksomheten klapper sammen, mens den fortsatt kunne vært reddet dersom driften fikk fortsette litt lenger. Det har vært antydning rettspraksis at det i slike tilfeller må foretas en vurdering av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende.²⁰⁸ Dette er en problemstilling det ikke er anledning til å drøfte videre her.

3.2.4 Om foretaksstraff

Denne avhandlingen dreier seg om straff som kan ilegges fysiske personer, men det er naturlig å nevne at straffeloven også åpner for å ilegge foretaksstraff.²⁰⁹ Selskaper er juridiske personer og har det man kaller rettslig handleevne. Dette betyr at selskapet både kan inngå

²⁰⁸ LG-2006-116552.

²⁰⁹ Strl § 48a.

avtaler og påta seg forpliktelser. Selskapets "vilje" kommer til uttrykk gjennom handlinger som blir gjort på dets vegne. Når en person overtrer et straffebud i selskapets navn, kan foretaksstraff ilegges. Det kan gjøres uavhengig av om en enkeltperson kan straffes eller ikke.²¹⁰ Ikke alle typer straffesanksjoner kan benyttes ovenfor et selskap, men mulige sanksjoner kan være bøter, rettighetstap og muligens krav om oppløsning.²¹¹

I forhold til plikten til å begjære oppbud, antas foretaksstraffen å være lite anvendelig. Dersom selskapet ble ilagt bøter, ville det utgjøre enda et krav i et allerede insolvent selskap. Det vil være til skade for de andre kreditorene ved at det blir mindre midler til fordeling. Det vil heller ikke være hensiktsmessig å idømme rettighetstap, da selskapet oftest ikke drives videre etter konkursåpning.²¹² Avslutningsvis skal det i tillegg bemerkes at foretaksstraffen er fakultativ, den skal bare ilegges dersom påtalemyndigheten og retten finner det hensiktsmessig.²¹³ Det ligger i dagen at hensiktsmessigheten av en foretaksstraff for et selskap som er konkurs, ikke er særlig stor.

3.3 Hvem pålegges plikt?

3.3.1 Skyldneren

Strl. § 284 setter straff for "*en skyldner*" som unnlater å begjære åpning av konkurs eller gjeldsforhandling. I det videre vil det være oppbudsplikten som drøftes. Det følger av kkl § 108 at dersom "*skyldneren*" er en sammenslutning eller en stiftelse, skal visse bestemmelser gjelde tilsvarende for den som er eller har vært personlig ansvarlig deltaker i, forretningsfører for eller styremedlem i sammenslutningen. Det kan stilles spørsmål om definisjonen av skyldner i konkursloven kan overføres til straffeloven slik at styret i et aksjeselskap rammes direkte av bestemmelsen i strl. § 284.

²¹⁰ Strl § 48a.

²¹¹ Andenæs (2004) s. 276.

²¹² I noen tilfeller drives selskaper videre jf. kkl. § 119.

²¹³ Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) s. 44.

Forarbeidene sier at bestemmelsen retter seg direkte mot skyldneren og at straffansvaret for andre reguleres av bestemmelsen i strl. § 287 om medvirkning.²¹⁴ Når strl. § 284 setter straff for den skyldneren som unnlater å begjære konkurs, kan ikke det bety en videre krets av personer som i utgangspunktet kun handler på vegne av denne. I § 284 bokstav b er det skyldnerens næringsvirksomhet som klart må gå med tap. Det vil derfor kun være dem som er personlig ansvarlig for kreditorenes krav som kan rammes direkte av bestemmelsen, noe ansvarsbegrensningen i asl § 1-2 i utgangspunktet forhindrer i aksjeselskaper.

3.3.2 Medvirkning

Medvirkning til overtredelse av strl. § 284 straffes etter § 287. Bestemmelsen setter straff for den som *”til fordel for eller på vegne av skyldneren”* handler i strid med bestemmelsene i strl. §§ 281-285. Straffen for medvirkning er den samme som for skyldneren i det aktuelle straffebudet.²¹⁵ Dersom andre enn skyldneren opptrer som selvstendig hovedperson, rammes det av § 287 første ledd.²¹⁶ Bestemmelsens annet ledd hjemler et alminnelig medvirkningsansvar.²¹⁷ Medvirkningsansvaret er et selvstendig straffansvar som kan pålegges uavhengig av om hovedmannen kan straffes. Hver enkelt deltaker bedømmes derfor etter sitt eget forhold til rettsbruddet.²¹⁸ § 287 annet ledd annet punktum inneholder en særbestemmelse om fordringshaveres medvirkning, men det faller utenfor avhandlingens rammer å drøfte nærmere.

En stor del av næringslivet er organisert i aksjeselskaps form og bestemmelsen utgjør derfor et viktig holdepunkt, særlig for selskapskreditorer som ellers ikke ville hatt noen å holde personlig ansvarlig.²¹⁹ Det følger av forarbeidene at medvirkningsbestemmelsen nettopp

²¹⁴ Ot.prp. Nr. 37 (2003-2004) s. 75.

²¹⁵ Strl § 287 første ledd.

²¹⁶ Ot.prp.nr.37 (2003-2004) s. 78.

²¹⁷ Ibid. s. 78.

²¹⁸ Andenæs (2004) s. 338.

²¹⁹ Andenæs (2008) s. 445.

vil ha betydning når *"den formuesrettslige skyldneren er et selskap hvor ingen har noe personlig ansvar for selskapets gjeld"*.²²⁰

3.3.2.1 Hvem kan straffes for medvirkning til § 284?

Straffelovens § 287 første ledd bestemmer altså at den som handler *"til fordel for eller på vegne av skyldneren"* kan straffes for medvirkning. Som nevnt rammer første ledd den som opptrer som selvstendig hovedperson. Det er selskapets representanter som omfattes, herunder *"så vel "faste" representanter som styremedlemmer, administrerende direktør og ansatte, samt personer som har et mer kortvarig eller enkeltstående representasjonsforhold"*.²²¹ Bestemmelsen i § 287 annet ledd første punktum retter seg ikke bare mot medvirkning til handlinger nevnt i §§ 281 til 285. Den rammer også medvirkning til handlinger nevnt i § 287 første ledd. Blant annet får den anvendelse på styremedlemmer og ansatte i juridiske personer med begrenset ansvar, der den juridiske person selv er skyldneren.²²² Det vil nok i forbindelse med medvirkning til strl. § 284 være mest praktisk å ta i bruk annet ledd, da det kan være vanskeligere å bevise en opptreden som "selvstendig hovedperson".

Styret begjærer oppbud på selskapets vegne jf. asl. § 6-18 og styremedlemmer kan dermed straffes for medvirkning til brudd på oppbudsplikten. Videre fremgår det av forarbeidene at andre ansatte i aksjeselskapet kan rammes av medvirkningsbestemmelsen.²²³ Det kan tenkes ulike tilfeller der ansatte har en bestemmende innvirkning på selskapets unnlattelse av å begjære oppbud. For eksempel har daglig leder etter bestemmelser i aksjeloven ansvar for at selskapets regnskaper er i samsvar med lov og forskrifter og videre at formuesforvaltningen skjer på en betryggende måte.²²⁴ Dette kan under visse omstendigheter få betydning ved vurderingen av oppbudsplikten. Det kan tenkes at dersom daglig leder ikke overholder

²²⁰ Ot.prp. nr.37 (2003-2004) s. 64.

²²¹ NOU 1999:23 s. 55. Uttalelsen gjelder tidligere § 288, men § 287 er en videreføring av denne.

²²² Ot.prp. nr.37 (2003-2004) s. 78.

²²³ Ibid. s. 78.

²²⁴ Asl § 6-14.

sine plikter, blir heller ikke handleplikten i asl § 3-5 oppfylt. Det kan i sin tur være medvirkende til at oppbudsplikten etter straffeloven ikke blir overholdt. Som tidligere gjennomgått har daglig leder en kvartalsvis rapporteringsplikt overfor styret, og dersom styret likevel ikke har innblikk i selskapets situasjon må det bero på særskilte omstendigheter. I en dom fra Agder lagmannsrett hadde daglig leder forsømt sin rapporteringsplikt, i tillegg til å komme med til dels falske tilbakemeldinger til styret.²²⁵ Det fremgår av dommen at styret uansett har en plikt til å gripe inn overfor den daglige ledelse dersom denne ikke utfører sine oppgaver.²²⁶ Styremedlemmene kan dermed ikke komme unna med å påstå at på grunn av daglig leders manglende oppfølging kunne de ikke vite noe om den faktiske situasjonen i selskapet. Det samme må følge av den generelle tilsynsplikten styret har overfor den daglige ledelse.²²⁷ Ledelsen i et selskap kan være basert på en høy grad av tillit, noe som kan være særlig aktuelt i familiebedrifter. Styret kan sette sin lit til at daglig leder skjøter selskapets anliggender tilfredsstillende og derfor ikke kreve rapporter eller avholde styremøter slik som det forutsettes gjort i aksjeloven. Styrets medlemmer misligholder da sin plikt til å holde kontinuerlig oppsyn med selskapets stilling, men daglig leder overholder heller ikke sine lovpålagte plikter. At styret pålegges ansvar, utelukker ikke at daglig leder samtidig kan holdes ansvarlig. Allmennpreventive hensyn taler for en slik løsning, da det vanskeliggjør at partene legger skylden på hverandre i etterkant. Det skal også bemerkes at det ikke har betydning for straffbarheten om det reises sak mot alle eller bare noen av de ansvarlige. Det må avgjøres på grunnlag av hver enkeltes egne forhold hvorvidt et straffbart forhold foreligger, uten hensyn til om andre i en tilsvarende situasjon også er blitt straffet.²²⁸ Dette innebærer at individualiteten i styreansvaret opprettholdes, også når det gjelder spørsmål om straffansvar.²²⁹

²²⁵ LA-2007-37537.

²²⁶ Slik også Aarbakke m.fl. (2012) s. 489.

²²⁷ Asl. § 6-13 (1).

²²⁸ Rt-1972-562.

²²⁹ Slettan (1980) s. 518.

3.3.2.2 De reelle forhold kan legges til grunn

Medvirkningsansvaret i § 287 annet ledd åpner for å straffe en videre krets av personer enn dem som formelt er ansvarlige i et aksjeselskap. I noen tilfeller er det ikke den som står registrert som styreleder eller styremedlem som i realiteten utøver disse vervene. Det er allment kjent at det forekommer bruk av såkalte stråmenn. Offentlige registre er imidlertid ment å skulle gi et korrekt bilde av forholdene i selskapet. Det er forutsatt at personene som er oppført med ledende stillinger i selskapet også i realiteten innehar dem. Dette kommer også til uttrykk gjennom kravene om melding til Foretaksregisteret ved endringer i styret.²³⁰ Viktigheten viser seg blant annet i forbindelse med konkursskarantener som kan ilegges etter konkursloven § 142. Karantene kan idømmes under visse vilkår dersom det i løpet av konkursbehandlingen viser seg at de ansvarlige har gjort seg skyldige i straffbare forhold eller ikke er skikket til å drive næringsvirksomhet.²³¹ Det ble i perioden 1991-2001 ilagt konkursskarantene i mellom 10,4 % og 14,5 % av konkursene som ble åpnet.²³² Dersom karantenen lett kan omgås ved å sette andres navn på de formelle dokumentene, vil den fort kunne miste sin funksjon.

Det finnes eksempler i rettspraksis der de reelle forholdene er lagt til grunn. I en dom av Gulating lagmannsrett var en person tiltalt for blant annet brudd på strl. § 286 om alvorlig tilsidesettelse av regnskapsbestemmelser.²³³ Han var tidligere ilagt konkursskarantene og hadde av den grunn ingen formell stilling i noen av selskapene saken dreide seg om. Retten la likevel til grunn at mannen reelt sett hadde vært daglig leder i et selskap og i et annet selskap hatt en reell innflytelse. Begge tilfellene ga grunnlag for dom etter strl. § 286, som retter seg mot *"Den som forsettlig eller uaktsomt tilsidesetter....."*. Lagmannsretten uttalte at *"I utgangspunktet er det naturlig å rette straffansvaret mot personer i formelle ledelses-*

²³⁰ Foretaksregisterloven § 3-1 første ledd nr. 4.

²³¹ Kkl. § 142.

²³² Justis- og beredskapsdepartementet (2004) Statistikk.

²³³ LG-2001-1816.

funksjoner slik det fremgår i Foretaksregisteret." Dette var imidlertid bare et utgangspunkt og retten mente at det avgjørende for hvem som kan holdes ansvarlig måtte være:

"..om vedkommende har tatt beslutninger av en slik art at de etter en konkret vurdering av selskapets størrelse, organisasjonsstruktur, m.m., må sies å høre under ledelsen av selskapet, og at vedkommende har hatt en reell makt til å påvirke regnskapet."

Dommen gjelder overtredelse av § 286, men vurderingene angående reelle styreforhold må antas å være tilsvarende for § 284. Det avgjørende må være om en person har en reell innflytelse på avgjørelsene som tas i selskapet og dermed en innvirkning på hvorvidt styret vil begjære oppbud til rett tid. I dommene inntatt i Rt-1993-1158 og Rt-1995-658 blir det også lagt til grunn at personer som har forestått den reelle ledelse uten å ha en formell posisjon i selskapet kan holdes ansvarlig.²³⁴

I lagmannsrettsdommen hadde en bekjent av tiltalte sagt seg villig til *"å stå på papiret"*, men det var tiltalte som betalte inn aksjekapitalen, inngikk avtaler på vegne av selskapet og hadde disposisjonsrett til selskapets konto. I Rt-1995-658 erkjente den domfelte at han selv var reell daglig leder av selskapet, men på grunn av konkurskarantenen lot selskapet seg ikke registrere med han som daglig leder, hans ektefelles navn ble derfor benyttet. Det skal bemerkes at selv om styremedlemmene kun har sitt navn på papirene kan de likevel idømmes ansvar. I en dom av Borgarting lagmannsrett hadde to styremedlemmer kun stilt sine navn til disposisjon, mens selskapet i realiteten ble styrt av en tredjeperson.²³⁵ Retten uttalte at de to hadde *"forsettlig unnlatt å oppfylle plikter som objektivt sett gjelder for styremedlemmer."* Det vil altså ikke være tilstrekkelig for å unngå ansvar å vise til at man ikke reelt

²³⁴ Dommene gjaldt underslag i selskap der tiltalte var reell daglig leder (Rt-1993-1158) og brudd på blant annet strl § 286 jf § 288 og på konkurskarantene (Rt-1995-658).

²³⁵ LB-2006-139384.

sett har innehatt posisjonen man står oppført med. I denne saken ble imidlertid ansvar ikke idømt, men det var på grunn av manglende årsakssammenheng.

På bakgrunn av det som er sagt over, fremgår det at det beror på en konkret vurdering av forholdene i selskapet om en person uten formell posisjon kan ha hatt en reell innflytelse og dermed medvirket til unnlatelsen av å begjære oppbud etter strl. § 284 jf. § 287. Det vil ofte fremgå av disposisjoner gjort i selskapets navn eller vitneforklaringer hvem som i realiteten har drevet selskapet. Problemstillingene som er gjennomgått her vil i hovedsak gjøre seg gjeldende i mindre selskaper. Det har formodningen mot seg at ledelse foretatt av andre enn dem som sitter i styret lar seg gjennomføre på samme måte i større selskaper. Medvirkningsbestemmelsen i straffeloven åpner uansett for at en vid krets av personer kan straffes for overtredelse så lenge de har hatt en reell innflytelse på driften av selskapet. Bestemmelsen kan dermed ha en viktig preventiv funksjon.

4 Avslutning

Det er ikke tvil om at aksjelovens bestemmelser om handleplikt ved uforsvarlig egenkapital og den påfølgende oppbudsplikten har stor praktisk betydning. Styremedlemmers erstatningsansvar er et meget aktuelt tema. Det er bredt behandlet i juridisk litteratur i tillegg til at det finnes en rekke eksempler i rettspraksis. Det er videre en kjensgjerning at det i løpet av konkursbehandlingen ofte blir inngått forlik mellom konkursboet og styret, der styremedlemmene betaler et erstatningsbeløp for å slippe den ekstra belastningen en rettssak representerer. Straffeloven § 284 var ment å ha en oppdragende virkning, men det er vanskelig å si noe bestemt om hvilken virkning en slik bestemmelse faktisk har. Det følger naturlig av at det ikke kan måles hvor mange som begjærer oppbud i tide på bakgrunn av risikoen for straff eller om det gjøres av andre grunner. Det kan imidlertid tenkes at den har en ikke ubetydelig innvirkning på beslutningene som blir tatt mot slutten av selskapets levetid, selv om det antagelig er mange faktorer som virker på samme tid. Det har flere ganger vært antydning at oppbudsplikten i straffeloven er overflødig, men lovgiver har ment at den kan være en viktig påvirkningsfaktor. Selv om det ikke kan fastsettes nøyaktig hvor stor denne

innvirkningen faktisk er, er det likevel ikke utenkelig at muligheten for straff medvirker til økt bevissthet rundt oppbudsplikten.

Kilder

Lovregister

1814	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1902	Den almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10
1927	Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) av 22. april nr. 3
1976	Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59 (<u>opphevet</u>)
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8.juni 1984 nr. 59
1985	Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr. 78
1989	Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16. juni 1989 nr. 69
1997	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44
1997	Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45
1998	Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (<u>ikke trådt i kraft</u>)
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
2007	Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloyen) av 29. juni 2007 nr. 75

Lovforarbeider:

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr. 27 (1990-1991)	(endringslov) Straffeloven m.m. (Straffansvar for foretak)
Ot.prp.nr. 36 (1993-1994)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)	Aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp.nr. 26 (1998-1999)	(endringslov) Konkurs- og pantelovgivningen m.v.
Ot.prp.nr. 37 (2003-2004)	(endringslov) Straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)
Ot.prp.nr. 55 (2005-2006)	(endringslov) Aksjelovgivningen mv.

Proposisjoner:

Prop. 111 L (2012-2013)	Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)
-------------------------	--

Norges offentlige utredninger:

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1992:29	Lov om aksjeselskaper
NOU 1993:16	Etterkontroll av konkurslovgivningen
NOU 1996:3	Ny aksjelovgivning
NOU 1999:23	Forbrytelser i gjeldsforhold

Juridisk litteratur

Bøker:

- Aarum**, Kristin Normann. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo, 1994.
- Andenæs**, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber-Mohn, Oslo, 2004
- Andenæs**, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Oslo, 2008.
- Andenæs**, Mads Henry. *Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper*. Oslo, 2006.
- Andenæs I**, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utg. Oslo 2009.
- Andenæs II**, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utg. Oslo 2009.
- Bråthen**, Tore. *Styremedlem og aksjonær*. 2. utg. Oslo 2009.
- Bøhn**, Knut. *Bedriftslederansvaret. Styremedlemmers og bedriftslederes straff – og erstatningsansvar*. Den norske advokatforenings småskriftserie nr. 46. Oslo, 1983.
- Eckhoff**, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen.
- Lødrup**, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo 2005.
- Hagstrøm**, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo 2011.
- Gisle**, Jon (red.) *Jusleksikon*. 3. utg. Oslo, 2007.
- Reiersen**, Hedvig Bugge. *Ansvarsbegrensning og ansvarsfrihet i aksjeselskaper*. Oslo 2007.
- Schea**, Trond Eirik. *Strafferettens skyldkrav og økonomisk kriminalitet*. I: Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red.) *Økonomiske forbrytelser og straff – juridiske grunnlagsproblemer*. Oslo, 1994, s. 115-135
- Woxholth**, Geir. *Selskapsrett*. 3. utg. 2010.
- Aarbakke m.fl.** Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre. *Aksjeloven og allmenaksjeloven, kommentarutgave*. 3. utg. 2012

Artikler :

Bråthen, Tore. *Styrelederen – hva sier loven?* I: Magma. Econas tidsskrift for økonomi og ledelse. 6/2003.

Slettan, Svein. *Straffansvaret for handlinger som blir begått på vegne av bedrifter som er organisert som juridiske personer – noen hovedtrekk.* I: Lov og rett. 1980, s. 499-553

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnloven § 96.* I: Jussens Venner 2004 s. 166

Svernlöv, Carl. *Styrelsesuppleantens personlige ansvar enligt aktiebolagslagen.* I: Svensk Juristtidning 1995 s. 126

Taxell, Lars Erik. *Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag.* Åbo, 1983.

Domsregister

Norsk Retstidende:

Rt- 1930- 533

Rt- 1952-989

Rt-1970-1235

Rt-1975-198

Rt-1976-652

Rt-1982-1277

Rt-1983-1222

Rt- 1991-119

Rt-1991-835

Rt-1992-1612

Rt-1993-918

Rt-1993-1158

Rt-1994-1430

Rt-1995-658

Rt- 1996-672

Rt-2011-562

Rettens gang:

RG-1994-145 (18-94), LE-1992-787 A Eidsivating lagmannsrett 14.5.93

RG-1996-1101, LE-1996-125 Eidsivating lagmannsrett 30.4.96

RG-2004-484, LG-2004-698 Gulating lagmannsrett 22.1.04

RG-2007-1625, LG-2007-21395 Gulating lagmannsrett 29.8.07

Lagmannsrettsdommer som ikke er publisert i Rettens Gang:

LH-1998-906 Hålogaland lagmannsrett 17.2.99

LG-2001-1816 Gulating lagmannsrett 24.4.02

LG-2006-116552 Gulating lagmannsrett 23.2.07

LB-2007-41346 Borgarting lagmannsrett 22.6.07

LE-2007-69355 Eidsivating lagmannsrett 3.8.07

LB-2006-139384 Borgarting lagmannsrett 29.1.08

LA-2007-37537 Agder lagmannsrett 31.1.08

LB-2008-704 Borgarting lagmannsrett 15.9.08

LG-2008-39560 Gulating lagmannsrett 6.4.09

Nettsteder

Norges domstoler: "Om konkurs" 6.3.13

<http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Oslo-byfogdembete/Konkurs/Om-konkurs/>

[lest 15.3.13]

Justis- og beredskapsdepartementet: "Høringsnotat – endringer i reglene om konkursskran-
tene" 23.12.04

www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2004/endringer-i-reglene-om-konkursskranterne/hoeringsnotat-endringer-i-reglene-om-konk/2.html?id=276733

[lest 20.2.13]

Konkursrådet Uttalelse nr. 33 – Aksjelovens regler om handleplikt ved betydelig tap av egenkapital. 21.mai 2001, sist oppdatert 8.10.09.

<http://www.konkursradet.no/Uttalelser/Uttalelse-nr.-33-Aksjelovens-regler-om-handleplikt-ved-betydelig-tap-av-egenkapital-45/> [lest 18.1.2013]

Konkursrådet "Rettens behandling av konkursbegjæring og konkursboer" Anbefaling vedtatt 10. mai 1996, sist oppdatert 7.12.10.

<http://www.konkursradet.no/Konkursbegj%C3%A6ring/Rettens-behandling-av-konkursbegj%C3%A6ringer-og-konkursboer-7/> [lest 11.4.13]

Norsk utvalg for eierstyring og ledelse (NUES) "Norsk anbefaling eierstyring og selskapsledelse" 7.utg. 23.10.2012, beriktiget desember 2012

<http://www.nues.no/filestore/Dokumenter/Norskberiktiget.pdf> [sitert 16.4.13]

Statistisk Sentralbyrå: "Framleis færre konkursar" www.ssb.no/konkurs [lest 20.2.13]

Regjeringen I: "Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet" 9.6.04

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/regjeringens-handlingsplan-mot-okonomisk.html?id=106062 [lest 15.3.13]

Økokrim: www.okokrim.no "Hva er konkursskriminalitet?", sist oppdatert 13.3.13

<http://www.okokrim.no/konkursskriminalitet> [lest 16.4.13]

Personlig meddelelse

Dypaune, Monica. Førstekonsulent Konkursregisteret. E-post av 12.4.2013

Andre publikasjoner

Langli, John Christian og Per Espen Ramnefjell. *Straffenivå I kroner og ører – en oversikt over det generelle straffenivået for konkurskriminalitet.* Forskningsrapport nr. 39 - Forskning om økonomisk kriminalitet. Oslo, 1997.